

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

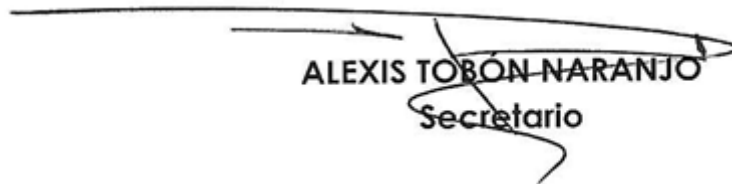
ESTADO ELECTRÓNICO 204

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

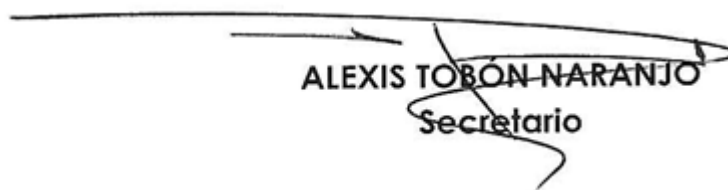
Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021-1728-1	Tutela 1° instancia	JHON JAIRO QUINTIAN PÉREZ	JUZGADO 3° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANT	Niega por improcedente	Noviembre 19 de 2021
2021-1501-1	Consulta a desacato	LUIS ÁNGEL LÓPEZ ARANGO	NUEVA EPS	revoca sanción impuesta	Noviembre 19 de 2021
2021-1234-1	auto ley 906	ACTO SEXUAL VIOLENTO	JHON ÁLVARO MAZO VILLADA	Fija fecha de publicidad de providencia	Noviembre 19 de 2021
2021-1309-2	Sentencia 2° instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	JORGE HUMBERTO HERRERA ARCILA	Confirma sentencia de 1° instancia	Noviembre 18 de 2021
2020-1034-2	Sentencia 2° instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	GERARDO DE JESÚS CARVAJAL ÁLZATE	Revoca sentencia de 1° instancia	Noviembre 18 de 2021
2021-1663-3	Tutela 1° instancia	MARTHA LUZ RAMÍREZ SOTO	JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y O	Niega por improcedente	Noviembre 18 de 2021
2021-1706-3	Tutela 2° instancia	GABRIELA ESTHER ZAPATA VARGAS Y OTROS	UARIV	Niega por improcedente	Noviembre 18 de 2021
2021-1812-4	Tutela 1° instancia	LUÍS CARLOS LEGARDA RUÍZ	FISCALÍA 255 ESPECIALIZADA DE JUSTICIA TRANSICIONAL DE BOGOTÁ	Remite por competencia	Noviembre 19 de 2021
2021-1717-5	Tutela 2° instancia	JOSÉ BENJAMÍN QUINTERO CASTRO	ARL POSITIVA	Confirma fallo de 1° instancia	Noviembre 18 de 2021
2021-1722-5	Tutela 1° instancia	RUBÉN DARÍO GARCÍA RUIZ	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRA	Confirma fallo de 1° instancia	Noviembre 18 de 2021
2021-1735-5	Tutela 2° instancia	JOSÉ ORLANDO LONDOÑO VILLA	NUEVA EPS Y OTRO	Confirma fallo de 1° instancia	Noviembre 18 de 2021
2021-1809-5	auto ley 906	MARTHA LUZ RAMÍREZ SOTO	HOMICIDIO AGRAVADO Y OTRO	se abstiene de resolver y ordena remitir	Noviembre 19 de 2021
2021-1727-6	Tutela 1° instancia	MATEO ELIECER RUIZ GARCÍA	JUZGADO 3° PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO ANTIOQUIA Y O	Niega por improcedente	Noviembre 18 de 2021
2021-1715-6	Tutela 1° instancia	ERNESTO PETRO LÓPEZ	JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE TURBO ANTIOQUIA	Niega por improcedente	Noviembre 18 de 2021

2021-1686-6	Sentencia 2º instancia	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	JHON FREDY BOCANEGRA	Revoca sentencia de 1º instancia	Noviembre 19 de 2021
-------------	------------------------------	--------------------------------	----------------------	-------------------------------------	-------------------------

FIJADO, HOY 22 DE NOVIEMBRE DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 158

PROCESO	: 2021-1728-1 (05000-22-04-000-2021-00637)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	JHON JAIRO QUINTIAN PÉREZ
ACCIONADOS	: JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS
PROVIDENCIA	: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor JHON JAIRO QUINTIAN PÉREZ en contra de los JUZGADOS TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA por estimar vulnerados sus derechos fundamentales.

Se vinculó al trámite constitucional a la FISCALÍA que instruyó el proceso, al DEFENSOR que lo asistió en el trámite y a la VÍCTIMA o al APODERADO DE LA VÍCTIMA por asistirle algún interés en las resultas del proceso. Se vinculó igualmente CENTRO DE SERVICIOS DE LOS JUZGADOS PENALES DEL CIRCUITO ESPECIALIZADOS DE ANTIOQUIA Y CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA. La información se confirmó por la secretaria de la Sala, con el Juzgado Accionado.

LA DEMANDA

En síntesis, asevera el señor Jhon Jairo Quintian Pérez en su demanda, que se desmovilizó el 06/02/2006 con la vigencia de la Resolución 198 del 04/08/2005 por medio del cual el Alto Comisionado para la Paz lo reconoció como integrante del grupo Mineros a fin de acogerse a los beneficios de ley como desmovilizado.

Aduce que le fueron vulnerados sus derechos toda vez que fue condenado por el delito de concierto para delinquir agravado, pese a que la Ley 975 de 2005 estableció como beneficio la adecuación de la conducta de los grupos paramilitares al delito de Sedición, por lo que afirma que el juez de conocimiento aplicó erróneamente las normas a su caso.

Señala que el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia lo condenó como coautor del delito de concierto para delinquir agravado a la pena de 33.4 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa en cuantía de 1041 S.M.L.V., negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, indicando que no se le notificó por ningún medio de la comparecencia a la audiencia pública, por lo que le fue vulnerado el debido proceso, ello pese a que el juzgado tenía su número telefónico 3008398953 el cual está registrado dentro del proceso y cuenta con su correo electrónico quitian15@hotmail.com, registrado en el Consejo Superior de la judicatura, toda vez que estudió la profesión de derecho después de la desmovilización.

Establece que el Juzgado omitió hacer una debida notificación de la sentencia por lo que le negó la oportunidad de apelar la decisión. Así mismo señala que los hechos ya estaban sujetos a ser censurados por prescripción y que la Fiscalía debió proferir una resolución inhibitoria debido a los beneficios por su condición de desmovilizado y que no era procedente en su caso la circunstancia de agravación prevista para el delito de concierto para delinquir por lo que se vulneró el principio de tipicidad, garantía fundamental del procesado que debe ser protegida mediante la anulación de la actuación a partir del acta de aceptación de cargos.

En consecuencia, solicita se revoque la decisión del proceso penal con radicado 05000-31-07-003-2017-00063-00 proferida por el Juzgado 3º Penal Especializado del Circuito de Antioquia por desconocer los beneficios que el proceso de desmovilización concedió a quien se acogió al proceso de justicia y paz conforme a la legislación vigente para ese momento.

E igualmente que se revoque y deje sin efecto la orden que pretende ejecutar el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Antioquia, se declare la nulidad de todo lo actuado, se conceda la prescripción de la acción penal y se ordene al Juzgado 3º Penal Especializado del Circuito de Antioquia y el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Antioquia archivar el proceso.

LAS RESPUESTAS

1.- El Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia informó que el 19 enero de 2017 avocó el proceso adelantado en contra del señor John Jairo Quitian Pérez adelantado bajo la ritualidad de la Ley

1424 de 2010 en subsidiariedad con la Ley 600 de 2000 y dentro de la figura de la sentencia anticipada, ante lo cual 01/10/2018 condenó al citado por el delito de concierto para delinquir agravado a la pena principal de 33.4 meses de prisión y multa equivalente a 1047,67 s.m.l.m.v., ordenándose el envío del proceso al Centro de Servicios de esos Juzgados para los trámites subsiguientes, correspondientes a notificación y posterior envío a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Indica que se libró oficio Nro. 5484 del 11/07/2019 con destino al señor John Jairo Quitian Pérez en la dirección calle 21 a número 77-47 barrio Belén Medellín, misma que aparece consignada dentro de la diligencia de formulación y aceptación de cargos de fecha 31/10/2016 (Folio Nro. 247 del expediente digital) y el 25 de enero de 2021 se hizo notificación por edicto en el Centro de Servicios de los Juzgados Especializados de Antioquia, agregando que los demás sujetos procesales fueron notificados mediante correo electrónico del 09/07/2019 sin que se haya apelado la sentencia.

Explicó que no fue realizada audiencia pública toda vez que se recibió la actuación de la Fiscalía Especializada con solicitud de sentencia anticipada, por lo que se pasa a despacho para la decisión pertinente.

Concluye que la pretensión no está llamada a prosperar debido a que no se conculcaron los derechos fundamentales del actor pues se respetaron todas las garantías fundamentales y no puede pretenderse por vía de tutela que a modo de tercera instancia se emita decisión judicial para favorecer su petición.

2.- El Secretario del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializado de Antioquia informó que el proceso con radicado número 05000 3107 003 2017 00063 correspondiente al

señor John Jairo Quitian Pérez por el delito de concierto para delinquir agravado fue tramitado en debida forma por la Secretaría en cuanto a las notificaciones y al envío de las diligencias para la respectiva vigilancia de la pena, por lo que solicita declarar improcedente la acción de tutela instaurada.

3.- El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia manifestó que el 22/02/2021 avocó conocimiento de la condena impuesta al actor por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, al haber sido declarado penalmente responsable del delito de concierto para delinquir agravado a la pena de 33.4 meses de prisión y con orden de captura Número. 04 del 03/02/2021.

Indicó que el 14/09/2021 se recibió solicitud resuelta en la misma fecha mediante la cual se requería copia integral del proceso y reconocimiento de personería jurídica a la abogada Diana Marcela Agudelo Zapata la cual fue resuelta de forma favorable.

Posteriormente el 21/10/2021 la apoderada solicita se de contestación a la solicitud de subsanar el error de procedimiento con respecto a la notificación de la sentencia 227 del 01/10/2018 radicada el 17 de septiembre de los corrientes, ante lo cual el despacho con auto Nro.3282 del 21/10/2021 resuelve de forma desfavorable la petición, indicándole principalmente que los Juzgados de Ejecución de Penas conocen de sentencias que se encuentran debidamente ejecutoriadas, que no son una segunda instancia de los jueces de conocimiento, ni entes de revisión de sentencias o procesos llevados en juicio, que el artículo 412 de la Ley 600 de 2000 establece la irreformabilidad de la sentencia, que no es posible subsanar errores del fallador, y mucho menos decretar nulidad de sus actos y revivir términos, si es del caso puede presentar la demanda de revisión, y en relación con la suspensión condicional de la ejecución

de la pena, el fallador ya hizo el respectivo análisis por lo que no es procedente inmiscuirse en la decisión de otro despacho judicial en tanto no se tienen competencia para ello.

Explicó que en el auto Nro. 3282 del 21/10/2021 se informó sobre la facultad de interponer los recursos de ley y se notificó debidamente a la defensora del sentenciado al correo electrónico marcela2908@hotmail.com, al sentenciado qutian15@hotmail.com y a la procuradora judicial ghinojosa@procuraduría.gov.co, y no fue presentada solicitud o recurso alguno.

Por lo anterior, solicitó desestimar la pretensión del accionante toda vez que se ha procurado la garantía del debido proceso y se han atendido en forma oportuna y diligente las peticiones.

LAS PRUEBAS

1.- El accionante allegó copia de la solicitud de fecha 13 de septiembre de 2021 dirigida al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia mediante la cual la apoderada requirió copia virtual o enlace de lo actuado en el proceso que se encuentra en el despacho (archivo digital), copia de sentencia emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 01/10/2018, Solicitud de fecha 17 de septiembre de 2021 mediante la cual pide subsanar el error de procedimiento con respecto a la notificación de la sentencia 227 del 01 de octubre del 2018, auto emitido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el 21/10/2021.

2.- El Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia remitió copia del expediente.

3.- El Secretario del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializado de Antioquia allegó la documentación requerida a partir del reparto realizado por la Secretaría.

4.- El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia envió auto avocando conocimiento de fecha 22/02/2021, solicitud del 13/09/2021 de copia virtual o enlace de lo actuado en el proceso, captura de pantalla de correo recibido el 13/09/2021 con solicitud de copia, auto de fecha 14/09/2021 mediante el cual se reconoce personería y se autoriza el envío de copias, captura de pantalla de envío de respuesta el 14/09/2021, captura de pantalla del 22/10/2021 de solicitud de impulso procesal, solicitud del 19/10/2021, auto número 3282 del 21/10/2021 mediante el cual se despacha de forma desfavorable la solicitud, captura de pantalla de correo enviado el 27 de octubre de 2021 correspondiente a notificación del auto mediante el cual no se accede a la petición de la defensa y del correo enviado el 27/10/2021 a la apoderada para efectos de notificación.

CONSIDERACIONES

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales. En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Las providencias judiciales en todos los niveles se encuentran soportadas

en los principios de autonomía, independencia, acceso a la justicia y legalidad, y en esencia, dirigidas a que los ciudadanos puedan reivindicar sus derechos constitucionales y legales, siguiendo los parámetros establecidos por el legislador, lo que a la postre las hace inmodificables en pro de la seguridad jurídica y del respeto de la separación de poderes. Sin embargo, debido al carácter normativo, de supremacía de las normas constitucionales (art. 4º C.P) y de primacía de los derechos fundamentales (arts. 5º y 86 C.P.), la acción de tutela procede excepcionalmente contra las acciones u omisiones en que incurren los jueces al administrar justicia cuando son desconocidos los derechos constitucionales fundamentales.

Esta posición fue sostenida por la Corte Constitucional desde la sentencia C-543 de 1992, en la cual, si bien se declararon inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, al considerarse que desconocían las reglas de competencia establecidas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica, en su *ratio decidendi* se indicó que en circunstancias excepcionales, la acción de tutela procedía contra actuaciones judiciales cuando las mismas constituían vías de hecho.

Se expresó que no “riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”.

A partir de ese momento, hasta la actualidad, los jueces Constitucionales han aplicado a los casos concretos el precedente jurisprudencial, con el fin de conjurar la vulneración abierta y ostensible de los derechos constitucionales fundamentales a través de acciones u omisiones de los operadores jurídicos, cuando no existe otro medio de defensa eficaz al alcance del afectado. Es decir, el amparo constitucional en estos casos se convierte en el medio idóneo y eficaz a través del cual se adoptan las medidas necesarias para restablecer los derechos fundamentales amenazados o vulnerados mediante una decisión judicial, o en su caso puede proponerse como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

Las llamadas doctrinal y jurisprudencialmente “vías de hecho” o defectos en que pueden incurrir los jueces al adoptar sus decisiones, ahora se conocen técnicamente como causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Dentro de ella se encuentran unas genéricas o previas y otras específicas.

Las causales genéricas buscan asegurar la aplicación subsidiaria del amparo constitucional como medio de protección de derechos constitucionales fundamentales y se sintetizan de la siguiente forma:

- (i) Que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes, pues el juez de tutela no puede entrar en el análisis de situaciones que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que deben ser resueltos por otras jurisdicciones.
- (ii) **Que se hayan agotado los otros medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa que se encuentren al alcance de la persona afectada, a no ser que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable.**

- (iii) Que se cumpla con el principio de inmediatez o solicitud de protección constitucional dentro de un término prudente y razonable a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.
- (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales invocados.
- (v) Que la parte actora identifique claramente los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que ello hubiere sido posible, y,
- (vi) Que no se trate de sentencias de tutela, habida cuenta que la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, máxime cuando todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante la Corte Constitucional, en virtud del cual las decisiones judiciales no seleccionadas para revisión, se tornan definitivas.

Además de los requisitos generales expuestos, para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, es imprescindible acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben demostrarse plenamente y que se centran en los defectos o vicios concretos en los que incurren los jueces en las actuaciones judiciales, que lesionan derechos fundamentales de los asociados.

Frente a las causales especiales traídas a colación, nuestro máximo Órgano Constitucional, los ha concretado de la siguiente forma¹:

En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

¹ Sentencia T-125 de 2012

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales² o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado³.

h. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”⁴

Es decir, siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente ejercitar la acción de tutela como mecanismo excepcional por vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

² Sentencia T-522/01

³ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.”

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Así, se exige que la conducta del operador jurídico sea arbitraria con la consecuente vulneración grave de derechos fundamentales de alguna de las partes. De igual forma se debe establecer si la presunta afectación puede superarse por los medios ordinarios instituidos en el respectivo proceso con miras al restablecimiento de los derechos conculcados, salvo que tales recursos o medios de defensa, no sean eficaces para deparar una protección expedita e integral, en caso de que el requerimiento sea inmediato e impostergable, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En términos generales, la acción de tutela ha sido concebida única y exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para las cuales el sistema jurídico no tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

En el presente caso, el actor considera que se vulneró su derecho fundamental al debido proceso, toda vez que el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia emitió sentencia por el delito de concierto para delinquir agravado, desconociendo que se desmovilizó por lo que al tenor de la normatividad vigente para el momento de los hechos, su conducta podría encuadrarse en el delito de sedición, en consecuencia solicita la nulidad de todo lo actuado, se declare la prescripción de la acción penal, que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia no ejecute la orden emitida en la sentencia y en consecuencia ambos despachos archiven las diligencias.

La Honorable Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la acción de tutela frente a decisiones judiciales no puede ser utilizada como una instancia paralela y en principio no procede mientras el proceso judicial esté en curso, pues es allí donde la parte tiene todas las garantías,

mecanismos y recursos para la protección de sus derechos fundamentales, sin que se permita que el Juez Constitucional en un término breve reemplace al Juez natural en la decisión del caso o que de otro lado, se pretenda utilizar para revivir oportunidades procesales vencidas.

Conforme con lo expuesto, puede advertirse que para la presente demanda de tutela, no se cumplen con los requisitos genéricos, ni específicos de procedibilidad expuestos en acápites anteriores y en tal sentido la solicitud de amparo no puede prosperar.

Lo anterior, porque no se agotaron todos los mecanismos que el actor tuvo a su alcance dentro el proceso adelantado en su contra.

Frente a la queja realizada por el actor en la presente demanda, esta Sala, realizó el respectivo análisis de la actuación, donde se advirtió lo siguiente:

El 31/10/2016 se realizó diligencia de formulación y aceptación de cargos para sentencia anticipada conforme al artículo 40 de la Ley 600 de 2000 radicado Nro.3914 ante la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia Transicional-Fiscalía 73 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, sub sede en Medellín y ante la cual el procesado John Jairo Quitian Pérez aceptó los cargos formulados como autor penalmente responsable del delito de concierto para delinquir agravado. *(Se pudo verificar que desde la diligencia de indagatoria realizada el 12 de octubre de 2016 el citado manifestó su intención de aceptar de forma voluntaria el cargo que se le realizaba por el delito de concierto para delinquir agravado).*

En la citada diligencia se le informó que de aceptar los cargos, estaría renunciando al debate probatorio, esto es la posibilidad de controvertir pruebas en su favor, a la presunción de inocencia y se emitiría necesariamente sentencia de carácter condenatorio, la cual podría ser

apelada únicamente en lo atinente a la dosificación de la pena, a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y a la extinción de dominio de los bienes. Se le puso en conocimiento igualmente que de aceptar libre, consciente y voluntariamente los cargos obtendría una rebaja de 1/3 parte del total de la pena a imponer o la que el juez determinara hasta de la ½ conforme lo dispuesto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 atendiendo el principio de favorabilidad y la sentencia radicado 25726 del 21 de enero de 2007 proferida por la Corte Suprema de Justicia y se le dieron a conocer los beneficios de la Ley 1424 de 2010, con el cumplimiento de los correspondientes requisitos. Se le explicó el cargo imputado relativo al delito de concierto para delinquir agravado y se deja en claro que luego de ser debidamente informado sobre las consecuencias de la aceptación y asesorado en debida forma por su defensor, al concedérsele el uso de la palabra al procesado, este expresó que sí aceptaba los cargos.

De otro lado, contrario a lo manifestado en el escrito tutelar se constató que estuvo acompañado por su defensor, quien en su intervención solicitó se le otorgara a su patrocinado la máxima rebaja que la Ley otorga y que la pena a imponer fuera la mínima e igualmente solicitó al Juez de conocimiento que su prohijado fuera beneficiado con el subrogado de la libertad y en constancia firmaron el Acta; el Delegado Fiscal, el Procesado y su Defensor (Páginas 251 a 257 del archivo “11.1 Anexo1-RtaJdo3PenalCtoEspecializadoAntioquia-COPIA 2017-00063”)

Debido a lo anterior las diligencias fueron remitidas a los Juzgados Penales del Circuito Especializado de Antioquia correspondiéndole por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, despacho que el 19 enero de 2017 asumió el conocimiento de las diligencias.

Esa oficina judicial el 01/10/2018 profiere sentencia anticipada en relación con asunto tramitado bajo la Ley 600 de 2000 por el punible de

concierto para delinquir agravado en contra de John Jairo Quitian Pérez condenándolo a la pena de 33.4 meses de prisión y multa de 1041,67 SMLMV, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y ordenando la captura en contra del sentenciado una vez ejecutoriada la providencia.

Decisión contra la cual no fue interpuesto recurso alguno, que perfectamente pudo impugnar para que fuera objeto de revisión por el juez de segunda instancia. Porque debe tenerse en cuenta que el actor tenía conocimiento que en su contra se tramitaba un proceso, por lo que debía estar al tanto de dicha actuación, toda vez que como se indicó desde la diligencia de indagatoria manifestó su intención de acogerse a sentencia anticipada, posteriormente realizó acta de formulación de cargos para sentencia anticipada, aceptando la comisión de la conducta punible de concierto para delinquir agravado, momento desde el cual se le informó claramente que sería acreedor a una sentencia condenatoria.

Respecto de su queja sobre la notificación, se pudo verificar como el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia con el fin de notificarle la sentencia al señor John Jairo Quitian Pérez libró oficio Nro. 5484 del 11/07/2019 a la dirección calle 21 A número 77-47 barrio Belén Medellín, dirección que fue consignada como lugar de residencia por el actor, tanto en la diligencia de indagatoria de fecha 12/10/2016 (Folio Nro. 215 del expediente digital) como en la diligencia de formulación y aceptación de cargos de fecha 31/10/2016 (Folio Nro. 247 del expediente digital), por lo que si había cambiado su dirección de residencia, debió de haber procedido a informar oportunamente dicho cambio.

Debe tenerse en cuenta que el asunto no terminó con la práctica de las pruebas en debate público, sino por vía de aceptación de cargos, lo que significó la renuncia a la presunción de inocencia y al derecho de controvertir los medios de conocimiento con los que contaba la Fiscalía

en su momento.

Al respecto es necesario aclararle al accionante que el artículo 340 del Código Penal, vigente para el momento de los hechos establecía una pena de setenta y dos (72) meses a cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, a la cual pudo haber sido condenado, sin embargo, en virtud de la aceptación de cargos obtuvo una rebaja, para fijar finalmente la pena en 33.4 meses de prisión y multa de 1041, 67 SMLMV, ello en virtud de la aceptación de cargos realizada por el actor. Por lo que no se advierte vulneración de derecho fundamental alguno.

En relación con su inconformidad frente a la condena por el delito de concierto para delinquir agravado, aduciendo que la verdadera calificación de la conducta debió ser sedición, se le aclarará al respecto que la ley 975 de 2005 en su artículo 71 estableció:

“Adiciónese al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: 'También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión.

Mantendrá plena vigencia el numeral 10 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988 e incorporado a la legislación nacional mediante Ley 67 de 1993”.

Ante esta normatividad, se sostuvo que las personas que conformaban los grupos armados al margen de la ley, de los llamados autodefensas, podían recibir los beneficios jurídicos consagrados en las leyes 418 de 1997 y 782 de 2002.

Pero aunque esta ley comenzó a regir el 25 de julio de 2005, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2006, declaró la inexecutable de dicha disposición por vicios de procedimiento en su formación.

Y si bien las razones de la declaratoria de inexecutable fueron los vicios de forma y la Honorable Corte no le dio efectos retroactivos a la decisión, para definir si tal normatividad puede ser aplicada con posterioridad a la sentencia de la Corte, en razón de contener un precepto generador de derechos frente a la situación de algunas personas mientras estuvo vigente, es necesario determinar que la disposición no sea contraria a la Constitución, pues es claro que en ningún momento, incluso antes del pronunciamiento del Alto Tribunal Constitucional, es posible dar aplicación a normas que vulneren flagrantemente la Constitución Política.

Específicamente la jurisprudencia reiterada de la Honorable Corte Suprema de Justicia concluyó que por ningún motivo era posible dar aplicación a dicha normatividad.

En efecto, mediante decisión del 11 de julio de 2007, radicado 26945, M. P. Drs. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca (reiterada en decisión del 1º de diciembre de 2009, radicado 32724, M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero) la Alta Corporación razonó así:

“La tradición jurídica nacional enseña que la ley vigente al momento del hecho es la que debe ser aplicada para resolver el problema jurídico planteado. Sin embargo, cuando se presenta un tránsito de leyes en materia punitiva es necesario que se determine cuál es la ley más favorable al caso concreto, de donde se tiene que el precepto derogado puede cobrar fuerza para ser aplicado ultra-activamente así como retro-activamente es factible darle valor a la nueva disposición legal.

La Corte ha enfrentado los permanentes cambios legislativos que el Congreso de la República introduce al ordenamiento jurídico, especialmente a los códigos penales sustantivo y adjetivo, desarrollando desde siempre el criterio de la favorabilidad para aplicar la ley más generosa al interesado, situación que se presenta (1) cuando se da un tránsito legislativo, porque una nueva ley deroga la anterior, y, (2) cuando se da el fenómeno de coexistencia de leyes, ocasiones en las que debe aplicarse la ley más benigna.

Es lo que sucede con la vigencia temporal del artículo 71 de la Ley 975 de 2005 que, sin embargo, la Corte estima que no se puede aplicar porque:

V. La Ley 975 de 2004 no se aplica a *delitos políticos*:

Es cierto que en el texto sancionado y promulgado de la Ley 975 de 2005 se había previsto que los comportamientos desarrollados por los miembros de los grupos paramilitares o de autodefensa, que interfirieran con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal, debían ser considerados como delito de sedición, es decir, como ataque al orden constitucional y legal vigente.

(...)

La citada disposición fue declarada inexecutable al encontrar el Tribunal Constitucional *vicios de procedimiento en su formación*.

(...)

Si bien en la misma sentencia de control de constitucionalidad se dijo que a las decisiones tomadas se les aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, y se advirtió que la providencia carecía de efectos retroactivos, las razones de todo orden que impiden la reclamada aplicación del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, se exponen conforme a la siguiente secuencia:

(...)

El artículo 71 de la Ley 975 de 2005 materialmente es una norma contraria a la Constitución Política porque asimila indebidamente los *delitos comunes* con los *delitos políticos*. Tal presupuesto desconoce no sólo los fundamentos que guían la actuación de ambas clases de

delincuentes sino los postulados de la Carta que permiten un trato diferente entre unos y otros.

(...)

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha consignado que el *delito político* tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden, resultando un imposible jurídico predicar de tales conductas su adecuación al delito de *concierto para delinquir*.

(...)

6. Los delitos cometidos por personas vinculadas a grupos paramilitares, como es el caso de los miembros de los grupos de autodefensa que en virtud de acuerdos con el Gobierno Nacional se han desmovilizado, bajo ningún pretexto alcanzan a ser considerados como autores del punible de sedición, por cuanto tales comportamientos no pueden ser asimilados al concepto *delito político*.

7. Debido a que los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron ejecutados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares, pretender que una norma identifique como *delito político* conductas claramente señaladas como *delitos comunes* resulta contrario a la Constitución vigente, desconoce la jurisprudencia nacional y contradice la totalidad de doctrina nacional y extranjera.

8. De lo dicho se sigue que quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensa, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía, indulto, su extradición está permitida y, por regla general, no podrán acceder al servicio público y si llegasen a ser elegidos a alguna corporación pública se encontrarán en causal de pérdida de la investidura por subsistir la inhabilidad derivada del antecedente penal que surge de la comisión de un delito que apareja pena de prisión.

9. Es bien sabido que toda ley debe también **guardar afinidad** sustancial con el acervo de valores, principios, derechos y deberes que consagra la Carta Política, la cual junto con el Código Penal, la

Jurisprudencia y la Doctrina nacionales y comparadas, diferencian al delincuente **político** del **común**¹⁹, de donde se desprende que al darles la Ley 975 de 2005 tratamiento punitivo similar, ataca valores superiores como la justicia, el orden justo, la seguridad ciudadana y jurídica, los fines de la pena, la resocialización del delincuente y la igualdad (por equipar a los que natural y jurídicamente son completamente distintos).

(...)

Aceptar que en lugar de *concierto para delinquir* el delito ejecutado por los miembros de los grupos paramilitares constituye la infracción punible denominada *sedición*, no sólo equivale a suponer que los mismos actuaron con fines altruistas y en busca del bienestar colectivo sino, y también, burlar el derecho de las víctimas y de la sociedad a que se haga justicia y que se conozca la verdad, pues finalmente los hechos podrían quedar cobijados con la impunidad⁵³ absoluta –entendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como *la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*– que se les brindaría por medio de amnistías e indultos, medidas que podrían ser tomadas a discreción del ejecutivo y el legislativo y sin posibilidad de control judicial, tornándose en un imposible la obtención de la verdad, el deber de recordar y el derecho a saber lo que realmente sucedió en el caso.

(...)

Se concluye, entonces, que a pesar de la vigencia temporal y la posibilidad de invocación favorable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, no es viable su aplicación porque: 1). La Constitución establece criterios básicos sobre lo que se debe entender por *delito político*; 2). Desde la teoría del delito se puede distinguir y establecer el antagonismo entre los *delitos políticos* y el *concierto para delinquir*; 3). Aceptar que el *concierto para delinquir* es un *delito político* lleva al desconocimiento de los derechos de las víctimas; y, 4). Al haber sido declarado inexecutable el precepto, no puede seguir produciendo efecto alguno hacia el futuro en el mundo jurídico⁶⁶, y cualquier juez puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad por razones de fondo para evitar su vigencia temporal antes de la declaratoria de inexecutable por razones de forma.”

Así las cosas, tuvo razón el Juez Fallador al dictar sentencia por el delito de Concierto para Delinquir, pues ante normas que materialmente vulneran en forma flagrante la Constitución, nadie puede exigir su aplicación, incluso antes del pronunciamiento de la Corte Constitucional, y menos puede afirmarse que hay vulneración de la confianza legítima, pues la vulneración de la constitución no puede legitimar ninguna actuación de los poderes, incluso del legislativo.

Adicionalmente, si considera que existen elementos legales que puedan fundar una acción de revisión, puede acudir a la misma si así lo estima. Significa entonces que el proceso penal es la oportunidad procesal idónea para solicitar la revocatoria de las decisiones que lo afectan, en caso de no estar de acuerdo con éstas, sin que exista alguna razón para pensar que los medios judiciales de defensa al alcance del accionante, no tengan la idoneidad suficiente para la protección de los derechos invocados.

De otro lado, frente a la decisión emitida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el 21 de octubre de 2021, en atención a la solicitud realizada por la defensora del actor que pedía subsanar el error en la notificación de la sentencia a fin de permitir los recursos de ley, tampoco se advierte vulneración de derecho fundamental alguno por parte del Juzgado que Ejecuta la pena, en tanto, tal y como se explicó en el interlocutorio número 3282, los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad no tienen competencia para revisar las sentencias que se encuentran ejecutoriadas, ni para subsanar presuntos errores del Juzgado de conocimiento, tampoco para decretar la nulidad de las actuaciones del juzgado fallador o para revivir términos para la interposición de recursos que no fueron interpuestos. Contra dicho auto interlocutorio, procedía los recursos de reposición y apelación que tampoco fueron interpuestos.

Se insiste pues que contra la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y contra el auto interlocutorio Nro.3282 del 29 de octubre de 2021 proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, procedían los recursos de ley, que no fueron interpuestos, por lo que no puede predicarse vulneración alguno de sus derechos fundamentales, constatándose que el actor intenta valerse de la acción de tutela como una instancia adicional, debido a que dentro del trámite ordinario ha tenido todas las oportunidades que la ley procesal penal le otorga para el amparo de sus derechos.

Es que el carácter subsidiario de la acción de tutela no permite que ésta sea interpuesta cuando existen mecanismos judiciales idóneos que pudo utilizar el afectado en su momento oportuno.

Al no encontrar vulneración a los derechos fundamentales, la tutela no es procedente, además, porque el actor no interpuso el recurso de apelación contra la sentencia que ahora pretende atacar por este medio constitucional. Así mismo, no interpuso ni los recursos de reposición, Ni de apelación contra la decisión emitida por el juzgado que le vigila la pena.

En efecto, era presupuesto insoslayable para la eventual prosperidad de la presente acción, que el actor hubiera agotado los recursos ordinarios que tenía a su disposición para reclamar la defensa de los derechos que estimaba conculcados; es decir, en el evento, debió por lo menos haber impugnado la sentencia cuya legalidad hoy cuestiona, para que el Tribunal, o en su defecto la Sala de Casación Penal, revisaran dentro del marco de sus competencias funcionales, el presente caso.

Por lo anterior, resulta claro para la Corporación que para el presente caso la acción de tutela no puede atenderse, toda vez que frente a la

providencia dictada por el despacho judicial accionado, no se observa ninguna vía de hecho, pues la misma respetó el debido proceso, habiéndose motivado la decisión, con lo cual abrió paso para que las partes procesales, entre ellas el accionante pudiera interponer los recursos que otorga la ley, como son el de apelación y eventual recurso extraordinario de casación.

Siendo así las cosas, no se observa por parte de la Sala una ostensible vía de hecho, por lo que lo que deviene en el presente caso, es negar la protección de amparo solicitada, por las razones que se acaban de exponer.

Por las anteriores consideraciones, la Corporación no atenderá la solicitud de tutela deprecada por el accionante, respecto de la decisión tomada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y la emitida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de tutela formuladas por Jhon Jairo Quintian Pérez, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: En caso de que no se presente ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

(Con Aclaración de Voto)

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(Licencia no remunerada)

LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
Magistrado

Firmado Por:

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
**c55f439bde30d7dbd7ef556b12aae0b36fd4533bd0c5bdb06e2722772e
9f17e6**

Documento generado en 19/11/2021 09:20:06 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 158

PROCESO	:	2021 - 1501 - 1
ASUNTO	:	CONSULTA DESACATO
INCIDENTANTE	:	DIANA MARÍA LÓPEZ MUÑOZ
AFECTADO	:	LUIS ÁNGEL LÓPEZ ARANGO
INCIDENTADA	:	NUEVA EPS
PROVIDENCIA	:	REVOCA SANCIÓN

V I S T O S

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Ant., el día 13 de septiembre de 2021, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela de fecha 23 de julio de 2021, al Gerente Regional Noroccidente de la NUEVA EPS, Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 23 de julio de 2021 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, Ant., resolvió amparar el derecho fundamental a la salud deprecado por la señora DIANA MARÍA LÓPEZ MUÑOZ, quien actúa como representante legal de

LUIS ÁNGEL LÓPEZ ARANGO y como consecuencia de ello, le ordenó a la NUEVA EPS:

“(...) SEGUNDO: ORDENAR a NUEVA EPS, que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, se autorice la entrega del medicamento “PROTEÍNA HIDROLIZADA EN PÉPTIDOS-VITAL 1,5 LIQUIDO 22ML / BOTELLA CON UNA DURACIÓN DE TRATAMIENTO DE 2 MESES, CON UNA CANTIDAD DE 60 BOTELLAS Y AMINOÁCIDOS LIBRES – ABOUND POLVO 24G / SOBRE CON UNA DURACIÓN DE 2 MESES, CON UNA CANTIDAD DE 60 SOBRES.” O el que en su defecto ordene el médico tratante.

TERCERO: ORDENAR a NUEVA EPS, que brinde el tratamiento integral requerido por el señor LUIS ANGEL LOPEZ ARANGO, y las que los médicos especialistas tratantes diagnostiquen como derivadas”.

Debido al incumplimiento en el fallo de tutela, la señora DIANA MARÍA LÓPEZ MUÑOZ presentó incidente de desacato por no cumplimiento a la orden impartida, razón por la que el Juzgado mediante auto del 19 de agosto de 2021, ordenó requerir previamente al inicio del incidente de desacato al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Díez como Representante Legal de la NUEVA EPS notificado a través del correo electrónico que tiene habilitado la entidad para dicho efecto.¹

¹ secretaria.general@nuevaeps.com.co

La Entidad informó que verificada con el Área de salud la inconformidad planteada por la incidentista, se pudo establecer que en relación a la entrega efectiva del “ALIMENTO HIPERPROTEICO, DENSAMENTE CALORICO CON HMB Y ALTO CONTENIDO DE VITAMINA D, PARA USO EN ADULTO MAYOR CON DESNUTRICION (SUSPENSION ORAL*220 ML) - ENSURE CLINICAL y AMINOACIDOS LIBRES-ABOUND POLVO 24G/ SOBRE”, se encuentran realizando las validaciones del caso. Afirmando que la entidad está demostrando la voluntad de acatar el fallo por lo que una vez tenga el concepto actualizado los comunicará al despacho inmediatamente por lo que solicita se abstenga continuar con el presente incidente de desacato y la consecuente ampliación del término concedido previo a la apertura del incidente de desacato.

Posteriormente el despacho mediante auto del 31 de agosto de 2021 dispuso la apertura del trámite incidental, lo cual le fue informado al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Díez como Representante Legal de la NUEVA EPS y, notificado por medio del correo electrónico dispuesto por la entidad para dicho efecto el día 31 de agosto de 2021.²

De conformidad con lo anterior la entidad dio respuesta indicando que había remitido el caso al área técnica para su respectivo análisis, por lo que solicitó la suspensión o en su defecto la ampliación del término judicial concedido.

² secretaria.general@nuevaeps.com.co

LA DECISIÓN CONSULTADA

El Juzgado el 13 de septiembre de 2021 resolvió el incidente de desacato, imponiendo sanción de tres (03) días de arresto y multa de tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al Representante Legal de la NUEVA EPS, notificándole lo resuelto al DR. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ.

El expediente fue remitido a esta Sala a efectos de desatar la consulta, por lo que se le informó al sancionado para que ejerciera el derecho de defensa.

Al respecto la Entidad informó que los medicamentos requeridos por el afectado fueron entregados el 6 de octubre de 2021 por medio del prestador Farmacias COLSUBSIDIO, para tal efecto anexaron soporte de entrega de los mismos. Solicitaron revocar la sanción impuesta por desacato el 13 de septiembre de 2021 en atención a las gestiones realizadas tendientes al cumplimiento del fallo de tutela.

El despacho procedió a verificar el cumplimiento en el número 3134506969 en el cual contestó la señora DIANA MARÍA LÓPEZ MUÑOZ quien informó que ya le fueron entregadas las proteínas y medicamentos ordenados por el médico tratante a su padre el señor Luis Ángel, por lo que afirma que la EPS ha cumplido por ahora con lo ordenado en el fallo de tutela.

CONSIDERACIONES

Resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha precisado que el incidente de desacato no tiene como única o principal finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla, sin perjuicio, obviamente, de que en ocasiones el incumplimiento del fallo comporte sancionar al funcionario renuente.

Entendido el alcance de la decisión que asume el juez constitucional, como la manifestación clara y expresa frente a la protección inmediata de derechos fundamentales, resulta razonable señalar que, al producirse una decisión sancionatoria originada por el incumplimiento de tal orden y ser sometida al grado de jurisdicción llamado consulta, el objeto se encuentra centrado a determinar si en verdad existió incumplimiento, en los términos y condiciones señalados en la sentencia correspondiente, lo que de suyo no se erige como un medio de impugnación, de ahí que en el incidente de desacato no queda otra alternativa que confrontar la perentoria orden constitucional con los actos de cumplimiento y la disposición del accionado para proceder en tal sentido, aclarando eso sí, que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin*

*estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia*³.

En efecto, en punto del cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela se diferencian dos situaciones así: La primera, el incumplimiento, que puede ser producto de diversos factores de índole logística, administrativa, presupuestal, fuerza mayor, otros; la segunda, el desacato, que evidencia una actitud consciente del funcionario a quien le fue dada la orden encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor, en el sentido de sustraerse arbitraria y caprichosamente a proceder de conformidad con lo dispuesto, *“como si se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de la autoridad judicial”*⁴.

Igualmente, se ha puntualizado que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”*⁵.

Ahora, en el presente caso la orden impartida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, consistió en ordenar a la NUEVA EPS:

“(…) SEGUNDO: ORDENAR a NUEVA EPS, que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, se autorice la entrega del medicamento “PROTEÍNA HIDROLIZADA EN PÉPTIDOS-VITAL 1,5 LIQUIDO 22ML / BOTELLA CON UNA DURACIÓN DE TRATAMIENTO DE 2 MESES, CON UNA CANTIDAD DE 60 BOTELLAS Y AMINOÁCIDOS LIBRES –

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

⁴ CSJ, Sala Penal. Providencia del 12 de noviembre de 2003, Radicado 15116.

⁵ CSJ, Sala Penal. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

ABOUND POLVO 24G / SOBRE CON UNA DURACIÓN DE 2 MESES, CON UNA CANTIDAD DE 60 SOBRES.” O el que en su defecto ordene el médico tratante.

TERCERO: ORDENAR a NUEVA EPS, que brinde el tratamiento integral requerido por el señor LUIS ANGEL LOPEZ ARANGO, y las que los médicos especialistas tratantes diagnostiquen como derivadas”.

De lo expuesto, se puede establecer que la entidad accionada por ahora dio cumplimiento a lo ordenado en el fallo constitucional, en el sentido de que le fueron brindados al afectado las proteínas y los medicamentos requeridos y que fueron ordenados en el fallo de tutela, información que fue ratificada por la incidentante.

Por lo tanto, al verificarse que la entidad accionada NUEVA EPS está cumpliendo con la orden dada en el fallo de tutela, así fuera de forma tardía, no puede hablarse de una conducta dolosa encaminada a sustraerse de manera deliberada del cumplimiento de la decisión.

Lo anterior, es suficiente para señalar que la Entidad accionada por el momento está cumpliendo con la orden impartida en la tutela, aunque no en el término otorgado, pero no surge evidente que ésta desde un comienzo se haya colocado en posición de rebeldía frente a la decisión judicial, pues la orden de tutela finalmente se está acatando, hecho que fue corroborado con la manifestación realizada por la parte incidentante, por lo que la Corporación procederá a revocar la sanción impuesta.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E:

REVOCAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato al Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ, en su calidad de Representante Legal de la NUEVA EPS, a las penas de tres (03) días de arresto y multa de tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 23 de julio de 2021.

Devuélvase el expediente al Juzgado de origen para las actuaciones subsiguientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(Licencia no remunerada)
LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
Magistrado

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**276908d9217b7eb9cec6b595b8671d4dbc55d10f2c8f1b79483585989
8c0fbd6**

Documento generado en 19/11/2021 09:19:55 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

RADICADO	: 05 887 61 08505 2021 00004 (2021 1234)
DELITO	ACTO SEXUAL VIOLENTO
ACUSADO	JHON ÁLVARO MAZO VILLADA
PROVIDENCIA	: INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **VIERNES VEINTISÉIS (26) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021), A LAS 10:00 A.M.**

Es de anotar que en atención a la contingencia sanitaria originada por la propagación del virus COVID-19, la decisión se enviará al correo electrónico de las partes en la fecha y hora programada.

Por la Secretaría de la Sala entérese de manera oportuna a todas las partes e intervinientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

El suscrito Magistrado Ponente¹
EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ad5530a872159e9a37c1ce61f3186376e604fc36620e327662105c3c1adfe40d**

Documento generado en 19/11/2021 09:30:55 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹ Se puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Rdo. Único: 05 615 60 00364 2019 00106

No. Tribunal: 2021-1309-2

Procesado: JORGE HUMBERTO HERRERA ARCILA

Delito: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Asunto: CONFIRMA DECISIÓN

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 102

1. ASUNTO

Se ocupa la Corporación de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Jorge Humberto Herrera Arcila, en contra de la sentencia proferida el 2 de agosto de 2021 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, mediante la cual lo condenó a las penas de 85 meses y 18 días de prisión, multa de ochocientos ochenta y nueve punto cuatro (889.4) S.M.M.L.V. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, tras encontrarlo

¹ El presente código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente, hasta su entrega en la Sala de la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere la aplicación- descargar en Play Store lector QR

responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes .

2. HECHOS

Acorde con la decisión que tomará la Sala, se traen a colación los hechos que fueron narrados en la sentencia de primera instancia:

El 15 de febrero del año 2019, siendo aproximadamente las 16:15 horas, el ciudadano JORGE HUMBERTO HERRERA ARCILA, se encontraba en el aeropuerto internacional José María Córdoba de Rionegro, y se disponía a abordar el vuelo AV16 de la aerolínea Avianca, con destino a Madrid, España, cuando fue sorprendido a través del Body Scan (rayos X), llevando adherido a su cuerpo dos fajas en su región abdominal, las que contenían tres mil seiscientos veinticinco (3.625) gramos de cocaína.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por los hechos antes mencionados, el señor Jorge Humberto Herrera Arcila fue capturado en situación de flagrancia y presentado ante el Juez Segundo Penal Municipal de Rionegro el día 16 de febrero de 2019, quién impartió legalidad de la captura, se le formuló imputación como presunto autor del delito de Tráfico Fabricación o Porte de Estupefacientes, tipificado en el artículo 376, inciso 1º, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, por la cantidad de la sustancia que le fue hallada, cargo que no fue aceptado por el imputado. En esa oportunidad no se le impuso medida de aseguramiento.

Como la persona imputada guardó silencio, la Fiscalía presentó escrito de acusación el día 14 de mayo de 2019, lo que convocó a que el 6 de diciembre de la misma anualidad, se celebrara la audiencia de formulación correlativa, en la que específicamente en lo que hace al señor Jorge Humberto Herrera Arcila, le atribuyó la comisión de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes inciso 1 del artículo 376, tal como se habían endilgado en la imputación.

Antes de que se celebrara la audiencia preparatoria, que fue convocada en un par de oportunidades, el referido ciudadano acompañado de su defensor y el ente instructor presentó solicitud de preacuerdo, que el día 13 de mayo calendas fue avalado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro. Tal convenio consistió en que el procesado aceptaba los términos de la acusación y a cambio se le otorgaba la rebaja de una tercera parte de la pena, quedando la sanción punitiva en 85.3 meses de prisión.

Así, las diligencias de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal se dieron inicio en la data referida, momento en que Fiscalía y defensa, al unísono solicitan se inaplique el artículo 68A y en razón a la enfermedad de Ludopatía que padece, se le otorgue la concesión de la prisión domiciliaria.

Finalmente, el 2 de agosto de 2020 se llevó a cabo la audiencia de lectura de sentencia.

4. LA DECISIÓN APELADA

El Fallador de primer grado luego de relacionar al procesado, de referirse a los hechos, los antecedentes procesales y los términos del preacuerdo que había sido suscrito y aprobado, pasó a sintetizar el material probatorio obrante, del que destacó el informe de captura en flagrancia FPJ 5 de fecha 15 de febrero de 2019, suscrito por el Pt. Ángel Litini Gómez; Acta de incautación suscrito por el PT. Ángel Litini Gómez y el señor Jorge Humberto Herrera; informe de investigador de campo FPJ 11 de fecha 16 de febrero de 2019, suscrito por el químico Ferney Gómez Grisales, quien determinó que la sustancia incautada correspondía a cocaína con un peso neto de 3.625 gramos y el informe de investigador de laboratorio FPJ 13 de fecha 12 de julio de 2019, donde se determina de manera definitiva que la sustancia incautada es positiva para cocaína.

Afirma que la prueba arrojada como soporte de la negociación, da cuenta que el efecto el 15 de febrero de 2019, Jorge Humberto Herrera Arcila, llevaba adherido a su abdomen y en la región pélvica dos fajas de color negro que contenían cocaína, pues sometida la sustancia tanto a la prueba preliminar homologada suscrita por el investigador Ferley Gómez Grisales y realizada el 16 de febrero de esa misma anualidad, arrojó resultado positivo para derivados de la cocaína en un peso bruto de 4.901,4 gramos y un peso Neto de 3.625 gramos.

La calidad narcótica de la sustancia conforme a la prueba química confirmatoria realizada el 12 de julio de 2019 investigador Luis Miguel Cortés Arias, se concluye como cocaína. Con base en ello, estaba comprobada la comisión del ilícito enrostrado y la participación que como autor tuvo el acusado.

En cuanto a la dosificación punitiva, adveró que de conformidad con el artículo 3° de la Ley 890 de 2004 no se aplicaba el sistema de cuartos, aplicándose la pena pactada por las partes, concretada en ochenta y cinco (85) meses dieciocho (18) días de prisión y multa de ochocientos ochenta y nueve puntos cuatro (889,4) SMMLV.

En lo que atañe a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, discernió relativo a la suspensión condicional de la ejecución de la pena pese a que quantum punitivo no supera los cuatro (4) años de prisión, lo que permitiría inicialmente superar el primer requisito objetivo establecido en el artículo 63 del Código Penal, el beneficio se negaría de plano por expresa prohibición del artículo 68A ídem, para los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sin que se precise considerar los aspectos subjetivos de la norma.

En esa misma línea, para dar respuesta a la petición de prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, peticionada por el representante del ente persecutor y coadyuvada por la defensa, comenzó explicando que el artículo 68 del C.P. estableció de manera clara las exigencias que deben

satisfacerse para la concesión peticionada, siendo necesario determinar que el sentenciado padece una enfermedad grave incompatible con la vida en reclusión, lo cual debe ser demostrado a través de valoración por médico legista especializado.

Indica el caso de Jorge Humberto no solo se echa de menos el dictamen médico legal de especialista, sino que, observada la extensa historia clínica que se aportó, se evidencia que el único padecimiento que afecta al procesado, está determinado por un diagnóstico de ludopatía, mismo que ha sido tratado por médico psiquiatra a través del medicamento sertralina 100 mg, teniendo adherencia al estado de salud del procesado. Además de ello, el sentenciado no tiene ningún otro padecimiento físico o mental que lo aqueje.

Enfatiza si bien el procesado tiene 68 años de edad, esa sola circunstancia no es óbice para acceder al cambio de lugar para el cumplimiento de la sanción criminal, pues el numeral segundo del artículo 314 del C.P.P., exige estudiar la personalidad, naturaleza y modalidad del delito, allegando para el efecto la defensa, dos declaraciones extraproceso suscritas ante el Notario Primero del Circulo Sevilla – Valle del Cauca, suscritas por Hubert Antonio Chamorro García y Juan José Giraldo López, quienes conocen de vista y trato, desde hace muchos años, al sentenciado, de quien al unísono señalan que es una persona que no recibe pensión, no tiene auxilio por parte del Estado, tampoco tiene apoyo de hijos y familiares y que además es de escasos recursos, información que se

compadece con lo plasmado en el formato de arraigo realizado por técnico investigador al momento de su captura y también en el contenido personal que se vierte en la historia clínica, documentos que develan que el ciudadano es una persona que vive sola.

Para el a-quo esa situación particular le hace pensar que la reclusión domiciliaria le sería más gravosa incluso que la retención en centro carcelario, pues la ausencia de un sustento y de una ayuda familiar que pudiera velar por su mínimo vital lo dejarían en un estado de vulneración manifiesta, lo que aunado a su trastorno mental, ludopatía, agravarían aún más su situación, siendo imposible establecer un pronóstico positivo frente al cumplimiento de la pena en reclusión domiciliaria. De la mano con ello, el concepto negativo que se ha hecho de la modalidad y naturaleza de la conducta delictiva, no permiten otorgar el peticionado beneficio en razón a la edad del sentenciado, así como tampoco en razón a su estado de salud.

Finalmente, el decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020, estableció en el marco de la pandemia por el covid-19, la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria de forma transitoria, siempre que se cumpla como condición, la particular situación personal del sujeto sentenciado, Art. 2 y; que el delito por el cual se sentencia, o este condenado el procesado, no sea de los excluidos de este beneficio, conforme al artículo 6 del mismo Decreto Ley. Estas condiciones no se cumplen en el caso concreto, pues el sentenciado no tiene ninguna situación

personal especial de las previstas en la norma y el delito está expresamente excluido de este beneficio.

Al final de su providencia, el A quo condenó al señor Jorge Humberto Herrera Arcila a la pena de 85 meses y 18 días de prisión, más la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, como autor responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cometidos en las circunstancias modales, temporales y espaciales señaladas en su fallo.

Asimismo, negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión en atención a la edad y el estado de salud del procesado, así como la prisión domiciliaria transitoria en el marco de la pandemia por el covid-19, conforme lo establecido en el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020, por lo que una vez ejecutoriado el fallo, emanara boleta de encarcelación para que la pena la purgue al interior de establecimiento carcelario.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa del acusado reclamó la decisión de primera instancia en lo exclusivamente relacionado con la negativa a concederle la prisión domiciliaria.

Discurrió que el a-quo dejó de considerar las apreciaciones que elevó en la diligencia del 447 al considerar que conceder la misma haría más gravosa la situación del penado, porque las cárceles en Colombia no son lugares donde se rehabilite a los reos, son sitios donde no se tienen las más mínimas condiciones para el goce de los derechos humanos de los allí enviados, tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional al reflexionar sobre el estado de cosas inconstitucional.

Como alegatos subsidiarios, despejo que, no se tuvo en cuenta el test de proporcionalidad, pues al estar en prisión domiciliaria su prohijado, pediría permiso para trabajar y así velar por su sustento, cuestionándose si ¿La medida es necesaria, es decir no hay otra medida menos gravosa que cumpla los mismos fines de la pena? La prisión domiciliaria es una manera de honrar el mentado test, debiéndose tener en cuenta la edad de 68 años del acusado, que pertenece a la tercera edad, con los achaques de la vejez, y estando recluido las enfermedades se pueden recrudecer y por ende, agravar su estado de salud, en esa medida los derechos humanos del ciudadano deben estar por encima de los fines de la penalidad.

Defendió de esa forma, su solicitud de revocatoria de la decisión de primera instancia a fin de conceder la prisión domiciliaria.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Competente como es la Corporación para conocer de la contención en este caso presentada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Caso Concreto

En el presente asunto, la Corporación debe examinar si corresponde viable conceder al señor Jorge Humberto Herrera Ardila el sucedáneo de la prisión domiciliaria por razones humanitarias, sanitarias y por la edad que padece, cuando el delito por el cual ha aceptado cargos es uno de aquellos respecto de los cuales se predicen prohibiciones legales para hacerlo.

De conformidad con el artículo 38B del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, los requisitos generales para conceder la prisión domiciliaria tales como que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos, que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de esa obra, que se demuestre el arraigo familiar y social y que se garantice mediante caución el cumplimiento de algunas obligaciones que están previstas en el numeral 4º de la primera norma en cita. Hay que decir que el referido artículo 68A, con las modificaciones de la Ley 1709 de 2004, enlista justamente los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones.

Refulge entonces que cuando está de por medio la comisión de reatos de que involucran el tráfico de estupefacientes está proscrito que se conceda la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal, al acudir a la prohibición del artículo 68A. De una u otra manera, para este tipo de comportamientos ilícitos el legislador ha vetado los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, particularmente la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Ese es un entendimiento que de manera pacífica y llana se colige de la lectura de aquellas disposiciones y que impera en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia².

A modo ilustrativo, en la más recientes de las decisiones emanadas por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, se indicó:

En la demanda se plantea una forma de entender la restricción consagrada en el precitado artículo 68A distinta a la del Tribunal; sin embargo, carece de idoneidad para ser admitida porque el vicio de interpretación errónea se desarrolla no a partir de la demostración de la alteración del correcto sentido y alcance del instituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sino de una muy personal posición del recurrente que, entre otras cosas, contraría la que sobre la materia ya ha definido esta Corporación, en su doble condición de órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y de tribunal de casación.

En efecto, desde el auto AP3358-2015, jun. 17, rad. 46031, en posición que ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias de casación SP11235-2015, ago. 26, rad. 45927, y SP4498-2016, abr. 13, rad. 44718; se advirtió que es indiscutible la existencia de la prohibición según la cual la suspensión condicional de la ejecución de la pena no es procedente, como tampoco lo es la prisión domiciliaria, para quienes sean condenados por uno de los delitos relacionados en el segundo inciso del artículo 68A. Las

² CSJ AP5189-2018, AP082-2018, AP8001-2017, AP8067-2017, AP7244-244-2017, AP3358-2015, AP2880-2015, AP2173-2015.

razones expuestas desde el AP3358-2015 para sostener esa postura, que mantiene su vigencia, fueron:

a. Dicho precepto excluye la concesión de toda clase de beneficios y de subrogados penales, salvo los que deriven de las formas legales de colaboración efectiva, en relación a una serie de conductas punibles, entre las cuales se encuentran las dolosas contra la administración pública, como es la violencia contra servidor público. De esa manera, emerge diáfana la restricción legal a partir del tenor literal.

b. Esa prohibición se refiere a los delitos objeto de la sentencia condenatoria en el proceso actual y no a los que constituyan antecedentes penales, pues en relación a éstos últimos la exclusión ya se encuentra contemplada en el inciso primero del artículo 68A sustantivo, cuando se refiere a condenas por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores. Una interpretación diferente tornaría en repetitivo y, por ende, inútil el segundo párrafo de la norma en cita, por lo que sería el entendimiento menos racional.

c. El artículo 68A original sobre «exclusión de beneficios y subrogados» fue introducido por la Ley 1142 de 2007 y su presupuesto exclusivo era la reincidencia, tal y como lo declaró la Corte Constitucional en la sentencia C-425 de 2008. Luego, la Ley 1474 de 2011 incluyó un criterio restrictor adicional al de la existencia de antecedentes penales: la naturaleza del delito objeto de sanción³. De esa manera, una serie de conductas ilícitas especialmente desvaloradas fueron definidas por dicho estatuto como excluidas de sustitutos de la pena de prisión y la misma senda siguieron, ampliando el catálogo, las leyes 1453/11 y la 1709/14 –también lo hizo después la 1773/16-.

d. Si bien uno de los objetivos de la Ley 1709 de 2014 fue el de que se utilizaran las «penas intramurales como último recurso»; ha de recordarse que el segundo inciso del artículo 68A que excluye esa posibilidad frente a determinados delitos, fue adoptado y desarrollado por estatutos legales que respondían, por el contrario, a la necesidad de fortalecer, entre otros, los mecanismos judiciales de lucha contra determinadas formas de comportamientos criminales (la corrupción en la Ley 1474 y la delincuencia común en la Ley 1453, ambas de 2011).

e. Por último, la interpretación sistemática de los artículos 63 y 68A (párrafo 2º) del C.P. permite colegir, sin dificultad alguna, que las hipótesis en que procede la suspensión condicional de la

³ En la exposición de motivos en el Senado se anotó que “A. *Se consagra la exclusión de beneficios y subrogados penales en delitos contra la Administración Pública relacionados con corrupción*”, sin que tal medida se condicionara a la concurrencia de antecedentes penales, lo cual es explicable si se tiene en cuenta que ya la Ley 1142 de 2007 había regulado el efecto de la reincidencia en los subrogados penales.

ejecución de la pena son las siguientes: a) Que la persona sea condenada a pena inferior a 4 años de prisión, por un delito diferente a los excluidos y no tenga antecedentes; y b) Que la persona sea condenada a igual pena, tiene antecedentes dentro de los 5 años anteriores por delitos dolosos diferentes a los excluidos, y no es necesaria la ejecución de la pena según la valoración que realice el juez.

Así las cosas, siendo que el delito por el cual se condenó a JEISSON ANDRÉS ROJAS PINZÓN fue el de violencia contra servidor público y éste se encuentra excluido de beneficios y subrogados, conforme al artículo 68A, inciso 2º; es evidente que ningún error de interpretación cometió el Tribunal Superior de Bogotá al confirmar la sentencia de primera instancia, que resolvió negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión que le fue impuesta, con base en la razón anotada. Por el contrario, esa corporación se ajustó plenamente al sentido y alcance correctos de los artículos 63 y 68A del C.P

Plasmado lo anterior, hay que referir inicialmente en el asunto que concita la atención de la Sala que tales disposiciones, tal como acaban de referirse, son las que resultan aplicables al señor Jorge Humberto Herrera Arcila en virtud de que se encontraban vigentes para la fecha de los hechos acaecidos el 15 de febrero de 2019, tal como se indica en los elementos materiales de prueba allegados con el preacuerdo.

Tal como viene de indicarse, además de que la Magistratura no encuentra acreditado el numeral 1º del artículo 38B del Código Penal, como quiera que la pena legal para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes supera los 8 años de prisión. Asimismo, se cuenta con la proscripción derivada de lo normado en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, que excluye el punible en estudio de los subrogados penales. De ese modo, fácil se contrasta que hizo bien la primera instancia en desechar la concesión de la prisión domiciliaria tras respetar de forma

diáfana el principio de legalidad, mismo que obligaba a dar cumplimiento a tal presupuesto.

Ahora bien, el recurrente ha exteriorizado que existen disposiciones desarrolladas por la Corte Constitucional que aluden a los derechos humanos, y que en esa medida, los fines de la pena no se compadecen con la realidad fáctica – pues no es grave la conducta - que resulta de necesaria aplicación y que llevan a la forzosa conclusión que debe asentirse a su prohijado la prisión domiciliaria como parte del tratamiento excepcional y extraordinario que el Estado debe darle a los privados de la libertad en internamiento intramural, cuando la sanción punitiva no cumple su cometido.

Se tiene por sabido, que la Corte Constitucional ha indicado que el sistema penitenciario y carcelario de Colombia se encuentra, en un estado de cosas que es contrario a la Constitución vigente. Los establecimientos penitenciarios y carcelarios en el País se encuentran en una situación de crisis estructural. No se trata de ausencia de avances o de acciones por parte de las autoridades, puesto que éstas han realizado acciones encaminadas a solventar el estado de cosas inconstitucional evidenciado por la jurisprudencia constitucional en 1998. De hecho, es en gran parte gracias a tales acciones de política pública que la Corte Constitucional entendió superado tal estado de cosas vivido al final del siglo XX. Sin embargo, la evidencia fáctica, así como la información que es de público conocimiento, evidencia que, nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en

un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un estado social de derecho. En otras palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un estado social y democrático de derecho⁴.

Si somos precisos con lo planteado por el ente constitucional, con precisión jurídica esas decisiones de alto tribunal de lo constitucional es un exhorto o invitación que se dirige a los órganos competentes para que adopten medidas a fin de frenar la sobrepoblación y hacinamiento carcelarios y dispongan de alternativas al cumplimiento de las penas o medidas de seguridad en intramuros como formas de enfrentar el mencionado hacinamiento.

Quiere decirse con lo anterior que el concepto invocado por el apelante carece, desde un punto de vista jurídico, de la connotación que él les da, porque son recomendaciones, que en abstracto se han hecho, como normas constitucionales superiores a las de carácter ordinario que hoy en día regulan el instituto de la prisión domiciliaria. Por esa suerte, tales recomendaciones no tienen la potencialidad de trasmutar con obligatoriedad las prescripciones que, por ejemplo, en el tema de la prisión domiciliaria tiene Colombia.

De hecho, en la misma naturaleza de estas se cuenta con que no pueden establecer el modo de ejecutarlas o cumplirlas a

⁴ Corte Constitucional T-288 de 2013.

nivel interno, esto es, en sí mismas no pueden disponer en forma alguna de la legislación nacional.

Lo que planteó el recurrente fue una forma de entender la restricción consagrada en el precitado artículo 68A distinta a la considerada por la jurisprudencia nacional, no obstante que, en uso de la libertad de configuración, el legislador proscribió de los beneficios enunciados a las personas que resulten condenadas por el delito de tráfico de estupefacientes.

Observados los reparos que se logran extraer se encuentra que no se plantea la inconstitucionalidad o inaplicación de la norma en que se sustenta el juez para excluir la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, sino que se propone una interpretación diferente, con base en que no sería necesaria la reclusión intracarcelaria.

Pero nótese que el recurrente perdió de vista que el juez no concluye que sea necesaria la reclusión sino que el legislador lo definió de ese modo, como un aspecto de política criminal que califica de razonable por las repercusiones del reproche social que merecen esas conductas, a la vez que soportó en la literalidad y sentido de la norma que la valoración de aspectos subjetivos solo está autorizada para el evento del primer inciso y no del segundo, esto es, para cuando la prohibición de los subrogados se da en virtud de la presencia de antecedentes penales y no del listado de los delitos excluidos.

De otro lado, si bien el opugnante tampoco alude, en lo que concierne a la exhortación del principio de necesidad de la ejecución de la pena o la justicia, también es cierto, que el mismo no explica cómo puede el intérprete desentenderse del claro y expreso mandato legal de la no procedencia de la prisión domiciliaria, ni precisa mandatos constitucionales o convencionales que se vulneren o principios generales del derecho que obligan a su inaplicación.

Entonces, además de que el recurrente no explica ni mucho menos argumenta cómo puede el juez desatender el mandato expreso del legislador, no cuestiona su razonabilidad ni su libertad de configuración precisa en el evento; solo da por sentado precisamente lo que debe demostrarse, es decir, que en todos los casos puede hacerse la valoración subjetiva de la procedencia del subrogado, configurando una clara petición de apertura.

Con base en lo que viene entendiéndose, y ante la claridad de la vigencia de la norma prohibitiva de conceder beneficios administrativos, sustitutos y/o subrogados penales a condenados por delitos como tráfico de estupefacientes, entre otros, fuerza confirmar la decisión venida en apelación, por su inocultable corrección jurídica.

Conforme a lo anterior y ante la improcedencia de las pretensiones de la defensa en el recurso de apelación la Sala CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia, según lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

Sin necesidad de más consideraciones, con fundamento en los argumentos expuestos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

7. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria dictada el 2 de agosto de 2021, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, en contra del señor Jorge Humberto Herrera Arcila, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**(En licencia no remunerada)
LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
MAGISTRADO**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**4dfe15663bed5df700e94ca39a94513fde3919d4673ef2341acbe7d
c37e2d1c3**

Documento generado en 18/11/2021 06:29:38 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

RADICADO: 051486000277201500331
INTERNO: 2020-1034-2
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
ACUSADO: GERARDO DE JESÚS CARVAJAL ÁLZATE
DECISIÓN: REVOCA DECISIÓN

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 102

1. ASUNTO

Concierne al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía en este asunto, contra la sentencia emitida el 12 de diciembre de 2019 por el titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, mediante la cual absolvió a Gerardo de Jesús Carvajal Álzate, quien fue acusado por la comisión del punible de un concurso homogéneo de actos sexuales con menor de 14 años.

¹ El presente código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente, hasta su entrega en la Sala de la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere la aplicación- descargar en Play Store lector QR.

2. RESUMEN HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Se conoce que el día 10 de agosto de 2015, la señora Lina María Torreglosa Hoyos, formuló denuncia contra el señor Gerardo de Jesús Carvajal Álzate, quien fuera su vecino y propietario de la vivienda donde vivía en compañía de su hija MFT de 13 años de edad, en razón a que el día 15 de julio de 2015, fue contactada por personal de la institución educativa donde estudiaba la infante, quienes al llegar allá, le comunican que su descendiente viene siendo víctima de abusos sexuales por parte del señor Carvajal Álzate, quien aprovechándose de su estancia a solas en el hogar cuando ella salía a trabajar y hacer diligencias, la sometía a vejámenes sexuales, como chuparle los senos, meterle los dedos por su vagina, besarla, masturbándose delante de ella y obligándola a que ella le toca el pene.

Comenta la denunciante que su hija le explicó lo que estaba sucediendo a la coordinadora del Instituto Técnico Industrial donde cursaba el bachillerato, merced de que fue encontrada entre sus pertenencias una navaja y del extraño comportamiento que presentaba, refiriendo que los hechos iniciaron en el año 2015, fecha para lo cual contaba con 13 años de edad, actos aquellos que se dieron en 6 o 7 oportunidades.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Ante la solicitud de orden de captura incoada por la Fiscalía, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías del municipio de Rionegro, en fecha 27 de octubre de 2017, decidió emitir orden de captura contra Gerardo de Jesús Carvajal Álzate, la cual se materializó el día 12 de julio del año siguiente.

Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de El Carmen de Viboral, el día 13 de julio de 2018 se celebraron audiencias preliminares concentradas que contemplaron la declaración de legalidad de la captura del señor Gerardo de Jesús Carvajal Álzate, así como la de formulación de imputación en la que se le atribuyó al filiado la comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo contenido en el artículo 209 del Código Penal, a título de dolo; en esa oportunidad el delegado del ente acusador declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, por lo que se ordenó su libertad inmediata.

El día 04 de octubre de 2018, la Fiscalía remitió a la oficina de reparto escrito de acusación en contra de Gerardo de Jesús Carvajal Álzate, mismo que le fuera asignado al Juzgado tercero Penal del Circuito de Rionegro, acusándolo como autor material del delito de actos sexuales con menor de 14 años contemplado en el artículo 209 de la Ley Sustantiva Penal, en concurso homogéneo.

La audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el día 19 de noviembre de 2018, diligencia en la que el delegado de la Fiscalía se reafirmó en los términos presentados en el escrito de acusación. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 18 de febrero de 2019, allí el acusado se declaró inocente y se decretaron las pruebas según las solicitudes elevadas por las partes e intervinientes.

Posteriormente, en fecha 08 de abril de 2019, se dio inicio a audiencia de juicio oral, recepcionandose los testimonios de la menor víctima y su madre; posterior a ello la mentada diligencia se reanudó al día siguiente 9 de abril, y siguió su curso en sesiones del 02 y 23 de septiembre, emitiendo el respectivo sentido del fallo en la última fecha mencionada y, finalmente profiriendo sentencia el 12 de diciembre de la misma anualidad, providencia que dispuso absolver por duda al señor Gerardo de Jesús Carvajal Álzate.

Esta decisión fue impugnada por la delegada de la Fiscalía lo cual ha dado lugar al arribo del asunto a esta instancia judicial.

4. LA SENTENCIA APELADA

El titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, refirió que la sentencia en el asunto de la referencia debía ser absolutoria por las siguientes razones:

Planteó preliminarmente como problema jurídico a resolver la existencia de prueba que arribe al convencimiento necesario que conduzca a la certeza sobre la ocurrencia de los actos sexuales abusivos enrostrados al procesado y de los cuales fuera víctima la menor M.F.T, para así, manifestar que de conformidad con el artículo 7, 327 y 381 del C.P.P. no existe del mérito suasorio de las probanzas que conduzca al estándar de prueba para emitir decisión de condena.

Seguidamente esbozó un juicio de tipicidad respecto de la conducta punible que se le atribuye al procesado, para tal fin partió de que es presupuesto indispensable que el órgano de persecución penal acredite con la suficiencia necesaria, - más allá de toda duda-, los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Consideró que en aras de acreditar la estructura típica, el ente acusador debió probar la existencia de los tocamientos libidinosos, la edad de la menor durante la ocurrencia de los hechos, además que los actos fueron diversos al acceso carnal, conducta que debió realizarse en forma dolosa. Asimismo, que el delito lesionó el bien jurídico de la libertad, "equidad"² y formación sexuales, sin causal de justificación alguna, que le impidiera el no llevar a cabo tal determinación.

Pasó entonces el juez cognoscente en la valoración de las pruebas testimoniales de cargo, en ejercicio de cuya labor confrontó tales probanzas y las analizó de conformidad con las

² Carpeta digital, folio 81.

pautas de interpretación definidas por la sana crítica, corolario de ello sostuvo, si bien el único testigo directo de los hechos es la menor, existen contradicciones en su testimonio que generan dudas sobre el acaecimiento de lo sucedido.

Punto central de su decisión absolutoria, la fundamenta en el hecho que la menor mintió respecto a que el procesado la había penetrado en dos oportunidades con sus dedos, sin embargo, el testimonio del médico legista es contundente al señalar lo integro de su himen, echando de menos, al mismo tiempo, el que no le contara de tales penetraciones al psicólogo Carlos Mario Zuluaga en su entrevista forense.

Discurre que tal aspecto no puede ser superado con una readecuación de la calificación jurídica de acceso carnal abusivo con menor de 14 años a actos sexuales con menor de 14 años, en tanto la prueba psicológica no permite valorar tal aserción, pues el relato que la menor realizó desde sus inicios no fue de simples tocamientos sino de penetración, lo que indudablemente, genera suspicacias en sus atestiguaciones.

Por tanto, delineó que la acusación, ante tal desatino, debía sustentar su tesis en elementos corroborantes que pudieran respaldar la versión de la menor, que bien pudieron consistir en los testimonios de vecinos que pudieran dar cuenta de la entrada del procesado a la casa de la menor, o de la señora Dora Correa persona que echaba “un ojito” a la menor mientras su mamá estaba por fuera de la casa , o inclusive de alguien, que los viera juntos mientras aquél la cogía y se la llevaba para

su casa a la fuerza, probanzas que a su juicio se echaron de menos en el presente asunto, impidiendo colegir la veracidad del testimonio en mención.

Interesó dejar sentado, además apreciaciones sobre la manifestación realizada por la señora Lina María Torreglosa – madre de la víctima, sobre la grabación que evidenciaba el ofrecimiento económico realizado por Gerardo de Jesús para que no se continuase con la denuncia en su contra, palabras que no fueron escuchadas por la menor a pesar de estar en la misma casa, y aun cuando al psicólogo forense Carlos Mario Zuluaga le fue puesto en conocimiento la cinta de audio, la misma no ingresó al caudal probatorio, no debiendo tenerse en cuenta. Razonó que el ofrecer dinero para no continuar con un trámite judicial, no es conducta disiente del hecho, pues “no siempre, ni casi siempre que una persona ha sido implicada en un proceso penal ofrece dinero para que se le retire la denuncia porque haya cometido el delito que se le indica, puede ocurrir algunas veces que se acuda a una conducta de estas por ser la forma como las personas creen resolver fácilmente sus problemas”.

Tras estas digresiones abreviadas, para el juez A quo, la prueba allegada por la Fiscalía no llevó al convencimiento más allá de toda duda sobre la existencia del punible enrostrado, por tanto, resolvió en aplicación del principio in dubio pro reo, absolver al procesado del ilícito acusado.

5. EL RECURSO DE ALZADA E INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES

5.1 Delegada fiscal 01 seccional

La doctora María Vilma Villa Pérez en su calidad de Fiscal 01 seccional del Rionegro, interpuso y sustentó en escrito allegado el 19 de diciembre de 2019, el recurso de apelación, indicando que la sentencia proferida por el Juez de conocimiento se sustrajo a una indebida valoración de la prueba, en tanto bien sabido es, que los delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales se llevan a cabo en la clandestinidad, siendo necesario contrastar el testimonio de la víctima con la prueba de corroboración periférica.

Puso de presente el testimonio de la menor M.F.T, quien en su deponencia demostró su enojo ante los atropellos de índole sexual, de los cuales venía siendo víctima por parte del procesado por espacio de varios meses, entre los que hubo tocamientos en su vagina y senos, asertos que estaban dotados de persistencia y libres de ambigüedades o contradicciones, por lo cual no había motivo para apreciar aquellos como poco creíbles, tal como lo hiciera el Juzgador de instancia.

Se interroga la recurrente, si el a quo determinó la inexistencia de razones de peso para la invención de los hechos ¿Por qué la menor mintió? Razones que no fueron desdibujadas, inverso, salió a relucir el aprecio y estima que tenía la esposa del procesado para con ella, enseñándola a coser, por lo que debía visitar la casa de ellos, lugar donde también se llevaron a cabo los actos profanos.

Diverge de la apreciación del fallador primigenio, en el entendido que la menor mintió porque no le contó al médico que el procesado le introducía los dedos en la vagina, y no presentar ningún desgarró a pesar de que al introducirle los dedos sangraba en abundancia, análisis que no comparte, por varias razones a saber:

El testimonio del doctor Carlos Mario Zuluaga Chica, fue decisivo al revelar como en la mayoría de los casos, las víctimas de abuso sexual – sin importar la edad- narran aspectos fantasiosos, fenómeno conocido como “potenciación”, anomalía que logró percibir en las atestaciones de la víctima, sin que por ello, se asevere que su dicho es mendaz.

El delito por el que se acusó al procesado fue el de actos sexuales abusivos, mismos que no dejan huella, lo que imposibilita su corroboración con prueba científica, pues de corroborarse el desgarró del himen, otra hubiera sido la conducta enrostrada.

Los comportamientos sufridos por la menor tanto en el colegio como en su vida , se compadecen con lo que se encontraba viviendo, pues no es normal estar cargando un arma cortopunzante, luego tal como lo hiciera ver, se sentía cansado del sometimiento sexual que padecía, su proceder en el colegio, del cual dio fe la docente María del Carmen Vargas, así como su madre Lina María Torreglosa, quien dio a conocer su conducta agresiva, los llantos y los quejidos mientras dormía.

Contrario sensu al raciocinio del fallador, considera disiente el actuar del procesado cuando ofreció dinero para que retiraran la denuncia, pues en su sentir, se honra el adagio popular “quien nada debe, nada teme”, y en esa medida, el doctor Carlos Mario Zuluaga, aseveró ante el estrado lo que escuchó en la grabación.

Planteada así la cuestión, concluye la recurrente que no habiéndose valorado las pruebas en debida forma y sin acreditarse que la víctima tenía motivos para incriminar pérfidamente al absuelto, solicita se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar se emita sentencia de carácter condenatorio contra el señor Gerardo de Jesús Carvajal Álzate por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo, de conformidad con los artículos 31 y 209 del C.P.

5.2 Los no recurrentes no hicieron pronunciamiento alguno.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura es competente para desatar el recurso de alzada, por lo que procederá al examen del mismo.

5.2. Problema jurídico

Es pertinente indicar que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, la Sala centrará su atención en la revisión de los aspectos impugnados y en consecuencia en aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación del procesado ya que la defensa es apelante único.

De conformidad con la situación procesal presentada, la Sala encuentra que el problema a resolver radica en determinar si con el acervo probatorio recopilado legalmente es posible establecer, con la suficiencia exigida por los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal la configuración del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo por el cual se procede, y la responsabilidad penal del señor Gerardo de Jesús Carvajal Álzate en el mismo.

En el caso concreto se advierte que la inconformidad de la recurrente se presenta frente a la valoración probatoria hecha por el juez de primer grado, por cuanto —en su criterio— el testimonio de la menor es congruente con la vivencia surgida, correspondiendo revisar a fondo el asunto, en orden a establecer la veracidad de aquellas fundamentaciones. A la sazón, a la Magistratura, en esta oportunidad, se le brinda la oportunidad de precisar los problemas que suscita la investigación de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, por el marco de intimidad en las que estas

prácticas se desarrollan, no en vano, doctrinariamente se les ha denominado “delitos de alcoba”³.

A causa de ello, y siendo la piedra angular del recurso de alzada, convendrá examinar lo relacionado con el valor del testimonio de menores víctimas de abusos sexuales y de la importancia de encontrar evidencias objetivas de corroboración periférica para aumentar su verosimilitud, pasando subsiguientemente a estudiar el subjúdice, con el fin de establecer lo afinado de los argumentos del juez cognoscente sobre la prueba ingresada al caudal de prueba, o si como lo afirma la recurrente, desconoce la realidad probatoria. Para tal efecto se debe considerar:

Primariamente como consecuencia de la insuficiencia probatoria que en muchas ocasiones caracteriza a los aludidos “delitos de alcoba”, en los cuales son prácticamente escasas las pruebas directas, lo que conlleva a que se encuentren enfrentadas las atestaciones de la persona agraviada con los dichos del presunto perpetrador, tal situación ha dado pie para que una corriente de la victimología, la cual aboga para que se le dé una mayor relevancia a los derechos de las víctimas, para así garantizar la satisfacción de los derechos que le asisten a la verdad y a la justicia, haya permeado el escenario del derecho probatorio, en el sentido de establecer que las declaraciones absueltas por las víctimas de los delitos sexuales, en especial cuando las mismas detentan la condición de menores de edad,

³ PIPINO, Valeria. Psicología jurídica forense. La importancia y relevancia del testimonio de los niños y niñas víctimas de delitos contra la integridad sexual. [En línea] Disponible en < <http://psicologijuridica.org/archives/4113> > [Consultado el 15/05/2017]

tienen una gran solvencia probatoria y en consecuencia ameritan una especial confiabilidad⁴.

Pero, lo antes expuesto, no quiere decir que las atestaciones rendidas por las víctimas de delitos sexuales, en especial cuando estas son menores de edad, pese a la especial confiabilidad que ameritan, no necesariamente conlleva un mandato para que el Juzgador de instancia, de manera ciega y servil, automáticamente le conceda credibilidad a los dichos de la víctima, y en consecuencia tales declaraciones, a modo de una especie de dogma, deban ser catalogadas como veraces, lo cual sería un sofisma que contrariaría con uno de los principios basilares con los que se soporta el derecho probatorio, como lo es el principio de la *“Libre Apreciación”*, en virtud del cual, para poder llegar a dicha meta, o sea la credibilidad que dimanaría del testimonio de las víctimas, se torna necesario que el funcionario judicial haya confrontado y cotejado las declaraciones del ofendido con el resto del acervo probatorio, para de esa forma determinar cuál sería el poder suasorio o el grado de convicción que amerita esa prueba⁵.

Frente a lo anterior, necesario es traer a colación lo enseñado por la jurisprudencia por ser de utilidad al caso en estudio, evocando lo que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre este tópico, en los siguientes términos:

⁴ Sobre este tópico, relacionado con la especial solvencia probatoria que dimana de los testimonios rendidos por los menores de edad que han sido víctimas de la comisión de un delito sexual, pueden ser consultadas, entre otras, las siguientes providencias emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 7 de diciembre de 2011. Rad. # 37044; Sentencia del 25 de septiembre de 2013. Rad. # 40.455; Providencia del 28 de octubre de 2015. Rad. # 42783.

⁵ Artículo 380 C.P.P.

“La Corte se ha ocupado a espacio de precisar que en los niños víctimas de abuso sexual puede existir una tendencia a narrar lo realmente acontecido, en tanto la magnitud de lo padecido marca de manera más o menos fiel sus recuerdos y de la misma forma los narran.

Pero esa precisión en modo alguno significa, y la Sala no lo ha dicho así, que los niños no puedan faltar a la verdad y que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación. Por el contrario, se ha explicado que sus relatos deben ser valorados como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate.

Con el Ministerio Público y el magistrado disidente del tribunal, debe admitirse que los niños, incluso desde una edad precaria, pueden cambiar la realidad percibida al relatarla, máxime si de ello existe la posibilidad de percibir algún beneficio.

Como lo anota el magistrado que salvó su voto, algunos estudios, soportados en pruebas de campo, concluyen que los niños mienten y lo hacen con tanta tranquilidad que a veces resulta imposible distinguir su comportamiento verbal del de aquellos que dicen la verdad (Eugenio Garrido Marín y Carmen Herrero, Universidad de Salamanca, “El testimonio infantil”, en “Psicología jurídica”, Eugenio Garrido, Jaime Masip y Carmen Herrero, Pearson Prentice Hall, Madrid, 2006).

En el campo nacional se concluye de manera similar, esto es, que algunas investigaciones demuestran que los niños mienten, lo cual hace parte de su proceso de desarrollo, en el entendido de que en su estructura psicológica la fantasía y la realidad se entrecruzan, en lo cual influyen muchas circunstancias, como que se les dificulta atender a varios estímulos a la vez y ajustar toda la información en un relato que coincida con la realidad, o porque confunden en un todo lo concreto y lo abstracto, o reciben influencia de terceros, etc. (Adriana Espinosa Becerra, “Aportes de la psicología forense al abordaje de los delitos sexuales”, Defensoría del Pueblo, USAID, serie “Curso de nivel de énfasis”, tomo iv, Bogotá, 2012).

Si lo anterior puede suceder (no se postula una regla general) con niños de edad temprana, la situación se muestra más viable cuando se trata de pre y adolescentes, máxime si estos, como en el caso analizado, se muestran en extremo precoces y han recibido una abundante influencia externa, especialmente del internet, al cual tenían un acceso ilimitado, curiosamente en casa de sus tíos, los acusados, resultando diestros en el manejo

de los computadores y en la “navegación por la red”, lo cual no es de extrañar en los tiempos que corren...”.⁶

Se introduce así una excepción con el propósito de que no sea malinterpretada y por ende indebidamente aplicada la regla en relación a que los niños no puedan faltar a la verdad y que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación, con base en el principio de interés superior y su prevalencia en el marco del proceso penal, pues si bien, hoy la sociedad y el Estado propenden por la reivindicación de los derechos de la víctimas, en particular de niños, niñas y adolescentes, que han sido objeto de abusos o ataques de índole sexual, se requiere el análisis en contexto de los episodios en que se han dado, en los que, por lo general, las condiciones se tornan desfavorables a sus intereses, al tratarse de situaciones en donde la vulnerabilidad y el desconocimiento son factores aprovechados por el infractor para invadir su libertad sexual⁷, por lo que sus relatos deben ser valorados como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate.

Con esta perspectiva lo dicho por las víctimas no puede observarse como la simple contraposición a las distintas versiones que ha rendido desde la etapa inicial, para reclamarles más evidencias que sus afirmaciones, si las mismas se adhieren a las circunstancias propias del medio y las

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 1º de junio de 2.016. SP7326-2016. Rad. # 45585. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

⁷ «Se entiende que la libertad sexual es (...) la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y auto determinar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras, la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para auto determinarse y autorregular su vida sexual (...)» CSJ SP, 7 Sept. 2005, Rad. 10672.

condiciones en que éstas se desenvuelven, más, cuando el agresor genera o aprovecha ambientes de soledad en los que la ofendida difícilmente puede oponerse.

Es por esto que, el testimonio de la víctima, cuando supera las reglas de la sana crítica, cobra especial importancia, más, cuando en la mayoría de casos, es sobre su propio cuerpo donde se ejecutan los actos libidinosos del invasor y no quedan huellas materiales del atentado sexual, como es el caso en estudio.

En esa medida, la jurisprudencia del máximo juez colegiado en nuestro país,⁸ ha esbozado:

El testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que quedan rastros físicos, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito e incluso la responsabilidad, si se obtuvieron muestras biológicas del agresor.

Pero en los casos en los que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha señalado:

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los

⁸ CSJ SP 3069-2019, 6 Ag. 2019, Rad. 54085.

hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...).

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros (SP1525-2016).

En ese orden, en esta clase de episodios delictuales no es extraña la ausencia de testigos presenciales, salvo la propia víctima, lo cual se debe a que el perpetrador, en la gran mayoría de los casos, para saciar su libido con ventaja y sobreseguro, y bajo el cobijo de un relativo manto de impunidad, alevosamente saca provecho de la intimidad en la que se desarrollan tales eventos lujuriosos, así como de la ausencia de miradas indiscretas, o la vulnerabilidad o la excesiva confianza que le depositan las víctimas.

Antes de entrar en nuestro asunto, conviene destacar que el fundamento fáctico de la acusación es el siguiente:

“El 10 de agosto de 2015, la señora Lina María Torreglosa Hoyos, formuló denuncia en contra del señor GERARDO DE JESÚS

CARVAJAL ÁLZATE, quien era su vecino y dueño de la casa en la que ella y su hija MFT de 13 años de edad. De acuerdo a lo manifestado por esta ciudadana, el día 15 de julio la llamaron del colegio donde estudiaba su hija, por cuanto la menor venía presentando unos comportamientos extraños en ella consistentes en agresividad y además estaba portando una navaja. Relata que la coordinadora de la institución educativa habló a solas con su hija menor y esta le contó que venía siendo víctima de abusos sexuales por parte de su vecino, quien aprovechaba que la menor quedaba sola en su casa, pues la mamá salía a trabajar o hacer vueltas, y la sometía a diversos actos sexuales, como besarla, chuparle los senos, meterle los dedos por su vagina, se masturbaba en presencia de ella y la obligaba a tocarle el pene. De acuerdo a la información suministrada por MFT, estos hechos abusivos de que fue víctima, iniciaron en enero de 2015 (cuando ella ya había cumplido los 13 años de edad), y se presentaron varias veces por espacio de 6 o 7 meses, siendo puesta en conocimiento de la coordinadora del instituto técnico industrial donde estudiaba el 16 de julio de 2015"

De conformidad con ello la Fiscalía acusó a Gerardo de Jesús Carvajal Álzate en relación con la menor MFT como autor de un concurso homogéneo de actos sexuales con menor de 14 años (artículo 209 del C.P), solicitando en los alegatos de clausura se condenara con base al delito acusado.

Descendiendo al caso concreto, durante la sesión de audiencia pública de juicio oral, celebrada el día 8 de abril de 2019, la adolescente MFT, relato ante el juez conecedor de la causa, su versión de los hechos, narración que en lo sustancial es del siguiente tenor:

Preguntado: ¿Dinos donde ocurrieron los hechos? **Contestado:** Ocurrieron en mi casa y en la de él. **Preguntado:** ¿Dinos donde quedaba la casa de él? **Contestado:** Entrada al lado de mi casa. **Preguntado:** ¿Cuántas veces pasaron esos hechos? **Contestado:** pasaron varias veces, muchas veces, no tengo un número aproximado de veces, entonces es muy difícil saber cuántas veces pasaron. **Preguntado:** ¿La primera vez que pasó? **Contestado:** Fue cuando yo estaba ahí afuera de mi casa ahí en la acera y él me toco la pierna y yo le dije que no (inaudible)

Preguntado: ¿Qué más pasó ese día? **Contestado:** No me tocó la pierna y era míreme y míreme (inaudible). **Preguntado:** ¿Qué te dijo en esa oportunidad? **Contestado:** No me dijo que yo estaba muy linda, ahí afuera estaba sola y en la casa estaba mi hermano, sucedió en las horas de la tarde por ahí a las 2 o 3. **Preguntado:** Como nos dijiste qué eso pasó varias veces, ¿cuéntanos otro episodio que haya pasado en tu casa? **Contestado:** cuando yo me quedaba sola en la casa mi mamá no estaba y empezaba pues a tocarme. **Preguntado:** ¿Y cómo ingresaba a tu casa? **Contestado:** el entraba con las llaves de la casa. **Preguntado:** ¿Por qué tenía llaves? **Contestado:** porque él era el dueño de la casa donde nosotros vivíamos. **Preguntado:** ¿Y cuando el ingresaba quien había en tu casa? **Contestado:** nadie.....**Preguntado:** ¿A qué horas ingresaba a tu casa? **Contestado:** Lo hacía en las horas de la tarde o en las horas de la noche que mi mamá no estaba. **Preguntado:** ¿Qué pasaba cuéntanos desde ahí, llegaba a tu casa? ¿qué pasaba? **Contestado:** Me decía que la íbamos a pasar rico y empezaba a tocarme en los senos y en la vagina. **Preguntado:** ¿En qué parte de la casa pasaba eso? **Contestado:** en mi cuarto, pues siempre pasaba allá en mi cuarto porque como era el cuarto de la parte de atrás que era el último que había.... **Preguntado:** ¿Íbamos al punto de que el entraba, tu estabas sola, que pasaba entonces? **Contestado:** me tocaba y me obligaba a que yo lo tocara a él. **Preguntado:** ¿Siempre era lo mismo, todas las veces era igual? **Contestado:** sí. **Preguntado:** ¿Que más te hizo? **Contestado:** Me metía los dedos y en dos ocasiones me hizo sangrar. **Preguntado:** ¿Y qué pasó cuando sangraste? **Contestado:** Pues yo me asusté mucho. **Preguntado:** ¿Y entonces qué hiciste? **Contestado:** Me di cuenta cuando sangré que fui al baño y ahí vi que estaba sangrando. **Preguntado:** ¿Y cómo era ese sangrado? **Contestado:** El sangrado era como de textura como cuando tengo el periodo y lo notaba cuando iba al baño, el sangrado no quedaba en la ropa, eso pasó en dos veces. **Preguntado:** ¿Cuánto tiempo pasaba don Gerardo en la casa? **Contestado:** Como 10 o 15 minutos. **Preguntado:** ¿Y tú por qué te dejabas? **Contestado:** Por miedo.

Esta versión de la entonces menor MFT es importante en el caso que en esta oportunidad se examina, puesto que a partir de ella es que esta Sala de decisión penal puede develar las circunstancias que precedieron los hechos investigados; constituye pues la antesala del escenario fáctico que motivó el presente trámite; no obstante, toda vez que lo que se ha venido investigando son unos Actos Sexuales con Menor de 14 Años, en

el que ella es quien funge como víctima, es el testimonio de la misma adolescente, -cuyas aserciones son uno de los pilares de la acusación-, el que permitirá a este Juez Plural discernir de manera amplia y precisa tanto sobre la existencia del hecho punible, como del aspecto subjetivo que se hace necesario para fundamentar el cargo.

Acorde con ello, de lo narrado por la menor agraviada en diligencia pública, se observa que a todas luces se desprende, sin vacilación alguna, que se está en presencia de encuentros sexuales no consensuados, en el que el agresor se valió de su condición de arrendador de la propiedad donde ella vivía en compañía de su hermano y madre, para llegar a ella, y bajo amenazas de muerte hacía su hermano venció la resistencia de la víctima, y de esa forma poder satisfacer sus apetitos lujuriosos.

Encuentra la Sala que el proceder del agresor está suficientemente acreditado, no solo porque la denunciante merece total credibilidad en razón de la claridad y coherencia de su relato, sino porque encuentra respaldo en pruebas de corroboración que dejan en claro que en aquella oportunidad se desarrolló una conducta de carácter sexual, generada a partir de los actos iniciales que fueron estimados por MFT como “lo que me hizo ese viejo asqueroso”⁹.

De igual manera, en desarrollo de la audiencia del juicio oral se escucharon además los testimonios de su madre Lina María Torreglosa Hoyos, María del Carmen Vargas Montoya

⁹ Audiencia de juicio oral e fecha 08 de abril de 2019. Min. 2:08:20

coordinadora académica de la institución donde la menor estudiaba para esa época, Alexis Moreno Cantillo médico legista y del psicólogo forense Carlos Mario Zuluaga Chica. Todos ellos como pruebas de cargo de la Fiscalía, quienes hicieron alusión al conocimiento de los hechos denunciados, a las actividades desarrolladas a raíz de los mismos y/o al comportamiento del acusado.

Del análisis conjunto de la prueba testimonial arrimada al juicio, como corresponde, se hace evidente que aquellos ningún conocimiento directo tuvo acerca de la comisión de la conducta, en tanto los hechos de los que se asegura fue víctima la menor MFT tuvieron ocurrencia generalmente en su casa de habitación y en dos oportunidades en la residencia del victimario, sin que ninguna persona distinta a los allí involucrados se percatara de lo sucedido. No obstante, esa circunstancia, para el Tribunal, contrario al raciocinio del juez unipersonal, obran suficientes elementos de convicción que llevan a concluir la real ejecución de la infracción denunciada y la responsabilidad en cabeza del acusado. Obsérvese:

De la información que fuera suministrada por María del Carmen Vargas Montoya - coordinadora de la Institución Educativa- fue enfática en manifestar en diligencia pública lo que la menor le contó, esto es la vivencia a la que estaba siendo sometida por parte de su vecino Gerardo de Jesús, puntualizando:

Fiscal: ¿Díganos si sabe por qué fue citada hoy a esta audiencia?

Testigo: Sí porque en el año 2015 la niña presentó frente a mí una situación que la estaba afectando muchísimo su salud emocional

y recibí testimonio, de la niña en su momento de esa afectación que tenía

Fiscal: ¿Qué afectación tenía?

Testigo: Describo el evento como tal, nosotros como coordinadores directivos nos corresponde atender entre nuestras funciones todos los aspectos que tienen que ver con la parte académica y de convivencia de los estudiantes en la institución educativa, para el caso estaba atendiendo un asunto de convivencia de la niña en la institución con su señora madre Doña Lina, aquí presente, Quién ha sido la acudiente de la niña en la institución, recibí reporte de los docentes que la niña tenía un asunto disciplinario en el aula de clases, tenía dificultades en la convivencia con sus compañeros, a razón de esa situación convoque a su señora madre a una reunión con la niña, Pues a partir de ahí empieza a reconocer mucho a la estudiante, somos una institución muy grande, Tenemos muchos estudiantes, encontré pues como hice revisión de su hoja de vida de los problemas de convivencia que la estaban afectando, prepare la reunión y cite a su mamá, en la reunión atendimos Sobre el asunto, conversamos con las orientaciones respectivas a la niña de su problema de convivencia, de igual manera con su señora madre atendí el asunto y su madre recibió toda la información y se retiró de la institución, mandé a la niña para la clase a que terminara su proceso en la jornada escolar, y la niña no quería irse para la clase, estuvo llorando mucho, muy angustiada, muy triste, y yo me pregunté qué pasa con la niña me hice un montón de preguntas, porque no quieres irte para la clase, me dice, Es que no quiero, no deseo, estoy muy triste, si deseas si tienes la confianza te puedo escuchar, coordinadora si me escucha, es que me da mucho miedo, yo la escucho si crees en mí, empezó pues hacer como una descripción de qué le estaba pasando muy angustiada, entrecortada su voz, muy triste, coordinadora es que a mí me pasa algo tengo mucho miedo, A ver hija Cuéntame Pues, qué te está pasando, es que hay un señor vecino que me está tocando mi cuerpo, tengo mucho miedo coordinadora, me describe qué le ha tocado todo su cuerpo, en especial sus zonas íntimas, que lo había hecho en varias oportunidades, Quién es el señor, es un vecino que entra mi casa cuando mi mamá no está presente cuando ella se retira, has hablado eso con tu mamá, no tengo mucho miedo coordinadora, y porque tienes miedo porque no le has contado a tu mamá, lo que pasa es que tengo mucho miedo porque dice que le pasa algo mi hermanito si yo comenté alguna situación, tienes un hermanito, Sí señora tengo un hermanito menor que yo y tengo mucho miedo de que le pase algo a mi hermanito, pues calme a la niña no le pedí más detalles porque no lo considere prudente a razón de esa situación, la mamá no hacía mucho que había salido de la institución, le pedí el número a la niña, de la mamá, y le pedí que regresara la institución que necesitaba informarle una situación y que escuchara la niña, Posteriormente

la mamá estaba muy angustiada, y llame a un patrullero de la policía que nos ayudaba mucho en la institución, policía de infancia y adolescencia, el patrullero William en ese entonces mantenía un vínculo muy cercano a la institución, nos apoyaba en muchos procesos, le pedí asesoría me dijo Ya voy para allá me espera, en un momento ya estaba en la institución y le entregamos el caso a él, en mi presencia ya habló con Doña Lina escucho a la niña y la orientó qué hay que hacer el proceso de denuncia.

Fiscal: ¿Cuéntenos Qué problemas de convivencia estaba presentando la menor?

Testigo: La niña manejaba problemas con sus compañeritas, problemas de relaciones, mucha pelea con sus compañeritas, muchos chismecito que generaba Cómo discusiones de diferencias entre ellos, un acontecimiento ahí que considere muy pertinente, la niña llevo una navaja al colegio, una navaja que al ser percatada de que probablemente la iban a encontrar los docentes o los directivos se fue para la unidad sanitaria y lo escondió por allá, si mal no estoy es que hace ratito eso, alguna de las señoras auxiliares de servicios generales encontró obvio, la navaja yo no recuerdo con exactitud, y a razón pues como de esa situación considere grave que hace un estudiante en un colegio con una navaja, le informamos a Doña Lina, yo no sé si le devolví la navaja, se la mostré o se la entregue pero ese fue el procedimiento que se atendió como en ese momento

Fiscal: ¿Quién vio cuando la menor guardo la navaja o porque se dieron cuenta de que era de ella la navaja?

Testigo: Yo no recuerdo, recuerdo que recibió el caso de parte de docentes en ese momento, no recuerda el incidente, si yo tuve mis manos la navaja, la guardé, se la entrega la mamá, se la mostré, no sé, sé que en ese momento Recibí una versión del hecho cuando un docente le reporta a uno un incidente de esos ya corresponde atenderlo, son casitos muy habituales en la institución

Fiscal: ¿Qué le dijo la menor de esa navaja?

Testigo: no recuerdo

Fiscal: ¿Cuándo la niña ya le confía usted lo que le estaba pasando qué le dijo al respeto sobre los responsables de esos actos?

Testigo: Qué era un señor vecino, qué era el dueño de la casa donde ellos vivían, qué le pagaban arriendo al señor, qué era el señor que vivía ahí, me hablo que tiene señora, que era un señor mayor

Surge diáfano que fue la señora Vargas Montoya la primera en conocer – por relato de la misma víctima - de la situación que estaba padeciendo, presenciando de manera directa el

desespero en que se hallaba la menor, sino que además esta le narró las circunstancias vividas meses atrás, lo que en efecto se compadecía no solo con su condición anímica y de convivencia al interior de la institución, sino por el hecho de portar una navaja para salvaguardar su libertad, integridad y formación sexual, de aquella persona que la tocaba.

Se presentó a declarar la señora Lina María Torreglosa Hoyos, madre de la menor MFT, quien fue testigo directa de lo dicho por la víctima de los hechos. La ciudadana en mención se mostró afectada por lo sucedido con su hija, indicándole a la Judicatura que conoce a Gerardo de Jesús Carvajal Álzate porque era el dueño y arrendador del apartamento donde vivían para la época de los sucesos, puntualizando respecto a lo manifestado por su hija: *“cuando yo me iba a trabajar o a estudiar el señor con las llaves del apartamento abría y empezaba pues allá a manosearla, a chuparle los senos, a meterle el dedo en la vagina, le metía un trapo en la boca para que ella no gritara, él la ponía a ella a que lo masturbara y la amenazaba con que si ella decía algo o si me contaba a mi le iba a hacer daño al hermanito que cuando eso tenía 7 años de edad”*¹⁰.

En cuanto a lo que le confesó su hija resaltó *“ella nunca tenía esos comportamientos, sino que ya venía varios meses con ese comportamiento de que estaba muy agresiva, muy grosera, por la noche se quejaba dormida, lloraba, empezó a comer mucho, los comportamientos se empezaron a presentar desde hacía seis*

¹⁰ Audiencia de juicio oral de fecha 08 de abril de 2019. Min. 15:10

meses atrás”¹¹. Arguyó que, por los hechos sucedidos, su hija empezó a recibir tratamiento médico psicológico en la Fundación Lucerito ubicada en el municipio de Rionegro¹², no obstante, su hija en la actualidad continua en tratamiento psicológico en la Fundación La Casa de la Familia, situada en el municipio el Carmen de Viboral¹³.

Señaló en su deponencia que su hija tiembla y se asusta cuando ve al procesado, situación que fue notoria la primera vez que coincidieron cuando comenzó el proceso, momento aquel que recuerda, porque el procesado se les acercó, las saludo y la menor entró en crisis.

Asimismo, reveló que una vez el señor Gerardo de Jesús se enteró de la investigación en su contra, fue a buscarla hasta su nueva residencia con el fin de ofrecerle dinero para que retirara la denuncia, manifestándole aquel que no quería pasar sus últimos días en la cárcel y que pensara en su esposa Rubielita, a lo que le respondió que no iba a hacer eso, porque era su hija y eso valía más que cualquier cantidad de dinero, ella no tenía porque pensar en la señora Rubiela cuando él no lo había hecho cuando abusó sexualmente de su hija. Disgustada se le percibió a la declarante al sacarle en cara lo impúdico de su actuar, quien con ímpetu le señaló “habiendo tantas putas en una cantina tenía que ensañarse con los niños, vea en una cantina ahí tantas putas que nada más con que usted les dé

¹¹ Audiencia de juicio oral de fecha 08 de abril de 2019. Min. 19:49

¹² Audiencia de juicio oral de fecha 08 de abril de 2019. Min. 26:05

¹³ Audiencia de juicio oral de fecha 08 de abril de 2019. Min. 27:50

trago ahí las va a tener, porque tiene que hacer eso con los niños”¹⁴.

Tal hecho igualmente fue narrado de manera similar por la menor a los dos días siguientes ante el médico forense que la examinó, y si bien tal profesional no encontró en la menor huellas de violencia sexual, ello se compadece con lo referido por aquella, dado que lo ocurrido fueron únicamente tocamientos de índole sexual, tal como lo dejó plasmado en su informe, agregando que la menor nunca le refirió que le habían introducido los dedos en la vagina, sin embargo, no hubo claridad sobre si la menor tenía himen elástico o no, pues al responder preguntas aclaratorias del despacho, señaló:

Juez: ¿Entonces podría decirme con claridad en el caso de esta menor ella no presenta un himen elástico?

Testigo: no presenta un himen elástico

Juez: Usted nos ha explicado que es posible que un himen sea penetrado y no se produzca desgarró, y nos dijo que eso podía obedecer a las características del himen de la persona de la mujer, ¿en este caso ella tenía himen elástico?

Testigo: Pues yo no lo describo, pero pudiera tener un himen elástico

En este punto, al no existir claridad sobre esa situación, la Magistratura no puede despachar de manera desfavorable el dicho de la menor, solo porque no se estableció con certeza por parte del profesional en medicina si el himen era complaciente o no, además el hecho que no le hubiera manifestado que en dos oportunidades el procesado le había introducido los dedos, no genera incongruencia en sus atestaciones, máxime porque el delito por el que siempre ha

¹⁴ Audiencia de juicio oral de fecha 08 de abril de 2019. Min. 30:12

cursado la investigación es el de actos sexuales y no acceso carnal violento, donde el elemento normativos es disiente.

Por último, se cuenta con la declaración rendida por el psicólogo adscrito al CTI Carlos Mario Zuluaga Chica, quien fue conteste en relatar lo manifestado por la menor MFT al momento de ser entrevistada en el CAIVAS, siendo igualmente un testigo directo de lo dicho por la menor víctima.

Es importante resaltar que, si bien no se dio por parte de este testigo una valoración del testimonio de la menor, a través de una evaluación de la credibilidad de lo dicho por la misma, sí se implementó el protocolo SATAC para realizarle a la impúber una entrevista semi estructurada, donde dio un relato de los hechos ocurridos en su residencia por parte del señor Gerardo de Jesús, evidenciándose las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los mismos; en este caso, una vez agotada la memoria de libre recordación de la niña, el entrevistador continuó implementando preguntas con el fin de lograr reunir detalles y aclaraciones dentro del relato abierto llevado a cabo, pudiendo constatar la Corporación que la información que expuso el psicólogo Zuluaga Chica ante la judicatura, concuerda con la indicada por MFT ante el estrado, relatando el profesional lo expresado por la menor así:

“En cuántos entrevista que se realizó en el mes de mayo del año 2016, efectivamente previo a la entrevista se solicitó el permiso autorización de la defensora de familia, la doctora Ramírez para adelantar la diligencia, Igualmente el consentimiento informado del padrastro que fue quién acompañó la niña, la mamá no asistió el día de la entrevista, asistió fue el padrastro allí la niña hizo varias declaraciones, manifestó haber sido víctima de

múltiples abusos sexuales por parte del señor GERARDO CARVAJAL ella fue contundente al señalar al Señor GERARDO CARVAJAL Cómo la persona que por un lapso aproximado de medio año estuvo abordándola, según la niña esta persona le estuvo sometiendo diferentes vejámenes sexuales de forma concreta, la niña dice que está señor tocó los senos de ella con la mano, le tocó la vagina, le introdujo los dedos dentro de la vagina, le bajado la ropita interior hasta las rodillas, Igualmente le subía la blusa hasta el pecho, la niña refirió que estos hechos ocurrieron dentro de la casa concretamente en el apartamentico que este señor les tenía arrendado, refiere la niña que este señor Igualmente la amenazó con matar a su hermanito si ella llegaba a contar lo que había ocurrido, Igualmente la niña refirió que este señor le hacía ofrecimientos de plata, qué una ocasión le ofreció 50.000 pesos que ella nunca aceptó, que posteriormente este señor le ofreció 20,000 pesos en un billete que ella al sentirse molesta por esa situación rompió ese billete, qué una de las ocasiones en las que este señor abuso de ella este señor quedaba en pantaloncillos y observó que tenía una herida en el abdomen, la niña refirió Igualmente que este señor violaba el domicilio de ellas porque les tenía alquilado un apartamentico y abusivamente con una llave que tenía guardaba de modo fraudulento ingresaba a dicho domicilio, la niña dice que estos hechos empezaron a ocurrir recién cumplidos sus 13 años de edad, que ella respecto a lo que le ocurrió lo contó en el colegio se lo contó al rector Igualmente se lo contó a la coordinadora y a la psicóloga, qué fue por parte del colegio que llamaron a la progenitora y la pusieron en conocimiento de los hechos que ocurrían, Igualmente la niña manifestó que este señor les ofreció plata para que no fueran a denunciar o para que retiraran la denuncia respecto a esos hechos abusivos, Y esa información de plata y del ofrecimiento la versión fue corroborada con la mamá quién se presentó días después sede de fiscalía infancia y adolescencia e inclusive un CD que ella misma había grabado del audio extraído de su celular en el que se escuchaba una voz masculina, efectivamente ofrecía plata Igualmente en un tono amenazante, de esa voz masculina decía que era mejor que se evitaran problemas es lo que recuerdo".

Del anterior relato se puede extraer que lo referido por el profesional en psicología, de manera análoga se compagina con lo vertido por M.F.T en la diligencia de juicio oral, además de corroborar el ofrecimiento monetario lanzado por el procesado cuando fue a buscar a la mamá de la menor hasta su nueva vivienda, sacando a relucir el tono amenazante con el

que aquel la intimidaba a efectos de que aceptara su oferta económica.

Además de lo antes depuesto, su testimonio despeja el camino sobre lo certero o no de su dicho, o los episodios fantasiosos de la impúber, frente a lo cual ante las preguntas aclaratorias del a-quo, atestiguó:

Juez: Doctor Zuluaga le voy a hacer unas cuantas preguntas, ¿usted observó en el relato de la menor aspectos que dieran a entender dificultades en la memoria de la niña?

Testigo: Al momento de la entrevista no observe qué hubiera elementos que dieran cuenta de qué presentarían algún tipo de trastorno en la memoria

Juez: ¿Esa memoria de la menor en el relato Se observa como una memoria en estado normal entonces?

Testigo: Sí doctor

Juez: ¿Ya lo que tiene que ver con las fechas, de los episodios y ese tipo de fechas es un aspecto normal en la memoria no recordar las fechas con claridad?

Testigo: Es correcto doctor

Juez: Y ese relato de la menor usted había indicado al principio de este interrogatorio, usted lo había encontrado coherente respecto al relato de la menor

Testigo: Sí doctor la niña conforme se pudo apreciar en el video la niña estuvo todo el tiempo conectado con la entrevista, había una conexión visual, había un ánimo de colaboración, había espontaneidad Precisamente en lo que la niña contaba, o sea no fue una entrevista complicada o difícil donde la niña tuviera dificultades para expresarse o guardara silencios en largo rato

(...)

Juez: ¿Notó la niña prevenida para hacerle el relato de esos hechos?

Testigo: No doctor, qué sentí en la niña, sentí aspectos que de acuerdo a mi experiencia he observado en otros casos es que los niños a veces en su angustia, en su afán en qué les crean lo que les ocurrió, a veces se ayudan de elementos fantasiosos, por ejemplo, un caso de la vida real un caso que ya fue juzgada en Itagüí, dónde el niño refería que las personas que le entraron a la casa y la agredieron eran encapuchados, el niño todo el tiempo me estuvo hablando de encapuchados y los encapuchados

eran los dos hermanitos que lo habían llevado allá, que lo habían vendido, porque el señor pagaba 20 mil pesos por niño que le llevaban, y pagaba 30 mil pesos si el niño era virgen, el caso que estoy contando precisamente fue donde del niño fue llevado precisamente por sus hermanitos mayores para poderle reclamar al Señor los 30mil, entonces este niño estuvo todo el tiempo diciendo que fueron dos encapuchados que lo metieron en esa casa, y efectivamente ya este caso fue cosa juzgada, este señor finalmente tenía VIH lo contagio, el señor ya murió, y el señor reconoció lo que había ocurrido, es elemento fantasioso de los niños entonces uno diría, este niño dijo mentiras de las capuchas entonces está diciendo mentiras sobre el resto, no, lamentablemente es como un método de compensación para tratar de decir a mí me pasó esto, entonces ya agarré a patadas a ese señor, es normal encontrar ese tipo de palabras que rayan con lo fantasioso en los niños, y que desde lo psicológico potenciación, qué hiciste tú cuando te ocurrió eso, no, yo pegue una patada, Yo lo golpe muy duro en la cara, pero se sabe qué es un elemento en el que el niño está introduciendo fantasía

Juez: ¿Y en este caso en concreto Qué elementos fantasiosos encontró en la menor MFT?

Testigo: En mi opinión la niña ingreso elementos fantasiosos, como cuáles, como el que le tapara la boca para no gritar, es muy posible que la niña en mi opinión y experiencia, que la niña sencillamente haya acudido a eso como un mecanismo de defensa psicológico, por el regañó de la mamá que dice, y usted porque no grito porque no dijo nada porque no hizo nada los niños van tratando como de ir supliendo sus espacios dónde son atacados o dónde son agredidos, y usted porque no se defendió, entonces no falta el niño que dice me amararon, y con qué te amararon, estoy hablando en caso donde se ha logrado demostrar con evidencia científica donde el niño aparece con una enfermedad venérea entonces nunca la amarraron pero mecanizo

Juez: ¿En este caso qué otro elemento podría usted señalar Cómo potencialmente o probablemente fantasioso?

Testigo: En mi opinión la niña nunca estuvo amarrada, porque está un espacio que era de pleno control del presunto agresor, en mi opinión entonces no tenía que amarrarla, además del punto de vista de la fuerza, la niña está sometida sencillamente por la persona que poseía físicamente mascota que ella

Juez: ¿Ya en el episodio de Los tocamientos usted encontró que pudiera dar pie esos elementos fantasiosos?

Testigo: No doctor no encontré ningún elemento que me lleven a pensar que la niña estaba mintiendo sobre esos hechos

Es igualmente verdadero, como ya se anunció, que la madre no presencié lo sucedido a su descendiente y tan solo hizo

referencia a circunstancias que evidenciaba en la menor pero a las que no encontraba explicación -el llanto que presentaba, los nervios posteriores, sus cambios de comportamiento, la ansiedad que fulguraba a la hora de comer-, e igualmente a la señora María del Carmen Vargas - coordinadora del instituto Técnico Industrial Jorge Eliecer Gaitán - tampoco le consta si en efecto lo narrado por la niña acaeció en la forma en que lo adujo con la variación finalmente entregada, pero desde luego sus dichos deben ser tenidos en cuenta como “prueba de corroboración periférica”.

Punto trascendente respecto del cual se indicó por la Sala de Casación Penal que los testimonios de las personas que observan a la víctima con posterioridad a los hechos, adquieren una significativa importancia valorativa:

“Es cierto que de acuerdo con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia, pero en este caso tales probanzas ratificaron el testimonio directo de la víctima, sin que el censor dedique espacio a postular la irracionalidad del juzgador por otorgarle credibilidad al mismo, falencia que deja sin demostración el cargo postulado.

De la misma manera, el defensor olvida que si se trata de demostrar errores probatorios del juzgador, acorde con el desarrollo completo del cargo es menester desquiciar todos y cada uno de los fundamentos probatorios de la sentencia, porque basta que se mantenga uno sólo de ellos con suficiente contundencia para que el sentido de la decisión conserve su doble presunción de acierto y legalidad, y en este evento hace caso omiso de los dichos de los padres del menor [...] quienes refieren que luego del suceso notaron a su hijo muy asustado y observaron que su miembro viril presentaba alteraciones tales como enrojecimiento e inflamación variaciones percibidas compatibles con manipulación a ese nivel”.¹⁵

¹⁵ CSJ SP, 27 jun. 2007, Rad. 27478.

En este punto, entiende este Tribunal, el apoyo que prestan psicólogos y en general aquellos profesionales que acuden al llamado de la justicia, no puede descartarse por el solo hecho que la ley únicamente faculta al Juez para realizar la valoración probatoria de cara a las exigencias para proferir condena, pues éstos desde el campo de la técnica que manejan pueden aportar mayores elementos de juicio al funcionario judicial. Las explicaciones que los peritos ofrecen a partir de la realidad que estudian y el respaldo científico de sus conclusiones, pueden ser tomadas por el Juez para el análisis de las pruebas en su individualidad, así como en su conjunto. Es por eso, precisamente, que el legislador habilita el ingreso de la prueba pericial como medio de auxilio para llegar a la verdad que interesa al proceso.

En este caso el experto, a partir de sus conocimientos y experiencias en materia de víctimas de delitos sexuales, explicó que no evidenció inconsistencias ni contradicciones en el dicho de M.F.T. destacando que se había expresado de manera adecuada a su condición, lo que le permitía deducir que existió la vivencia narrada por ella.

Nadie niega que existen algunas contradicciones en la versión de la menor, lo que no significa que esté mintiendo, bastaría decir que una discordancia en tal sentido no desmiente el hecho de los tocamientos de tipo libidinoso a los que fue sometida o se trate de una fantasía de su parte, como se desprende de lo dicho al médico forense, a la mamá, y finalmente al psicólogo forense -el cual desentraña el sentido de

las divergencias en su dicho-, acerca de lo cual queda claro que ese cambio de narrativa tiene una explicación totalmente comprensible. Pero a ello se debe sumar que las exposiciones de los dos profesionales de la salud, como también lo ha reiterado la jurisprudencia, deben ser tenidas en cuenta como testimonio directo acerca del objeto de conocimiento que se les puso de presente¹⁶, ya que no obstante no presenciar los hechos, tuvieron ocasión de valorar a la menor víctima, y pudieron ofrecer sus conclusiones las cuales se sometieron a un examen riguroso en juicio oral, y en ese sentido aportaron un conocimiento personal que adquiere considerable relevancia valorativa en orden a desentrañar los puntos confiables del relato que incrimina.

En lo que concierne al máximo órgano de la jurisdicción ordinaria¹⁷ sin vacilación admite la credibilidad del testimonio del menor aun cuando se hallen contradicciones entre las declaraciones obtenidas en distintos momentos procesales, verbigracia, cuando existen discordancias entre lo dicho en la entrevista durante las fases preliminares de investigación y lo dicho en el juicio oral. El alto tribunal sostiene que el testimonio no puede ser invalidado por este motivo y, además, no se configura un falso raciocinio por parte del sentenciador cuando le otorga completo merito probatorio en conjunto con otras pruebas:

“Siguiendo ese derrotero, la regla que el actor señala infringida (¿Siempre o casi siempre que se presenten contradicciones sobre

¹⁶ Véase entre otras las sentencias: CSJ SP, 03 feb. 2010, Rad. 30612; CSJ SP, 29 feb. 2008, rad. 28257 y CSJ SP, 17 nov. 2008, rad. 29609.

¹⁷ Sentencia del 30 de agosto de 2017, rad. 50584, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

aspectos principales de un testimonio se afecta su veracidad»)) no puede considerarse una máxima de la experiencia porque: i) no puede afirmarse que ese enunciado proceda de una experiencia de la cotidianidad que dé cuenta de la forma como casi siempre suceden las cosas (universalidad o generalidad) y ii) porque el enunciado tiene relación con el proceso valorativo de las pruebas y no con las reglas que se extraen de la observación repetida de fenómenos cotidianos; lo que destruye su valor y credibilidad (del testimonio) es la verdadera contradicción, interna o externa, sobre aspectos esenciales relevantes”¹⁸. Los aspectos accesorios que presenten inconsistencias “no destruyen la credibilidad del testimonio, aunque sí la aminoran, sin que ello traduzca ruptura de la verosimilitud”.

No en vano esta situación de la menor, que la ha observado su familia con un cambio drástico en su comportamiento y que ha tenido que asistir a terapias psicológicas en la Fundación Lucerito y la Casa de la Familia , unido a las manifestaciones de los profesionales donde obtienen la información de la menor que indica los actos realizados por el acusado, pruebas que con claridad permiten inferir que el comportamiento investigado si se ha presentado y de esa forma estructurar los elementos del comportamiento penal, hay medios probatorios que son dignos de credibilidad, que por el análisis que han realizado a la menor dan cuenta de un trauma emocional que a la fecha presenta, por ello con la figura de la corroboración periférica, se establece que el hecho sí existe, si se dan los actos sexuales que la menor indica.

Dígase además como sus declaraciones son tan concretas, contestes, coherentes que no pueden provenir de una posible preparación para inculpar de manera injustificada a una persona inocente, sino que de su vivencia real y directa

¹⁸ CSJ-SP Radicado 50584 (30, agosto, 2017) M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Bogotá D.C., 2017

representan la forma como el acusado satisfizo su libido sexual con ella.

No debe escapar al análisis además que algunos aspectos, principales o periféricos, de la declaración inicial de M.F.T fueron corroborados con otros medios de conocimiento, especialmente con el testimonio de su madre, Lina María Torreglosa, quien en juicio manifestó que el procesado le ofreció dinero para que retirara la denuncia en su contra porque no quería pasar sus últimos días en la cárcel, situación que, por cierto, no encuentra explicación distinta a querer salir bien librado del actuar indecente que presentó para con la menor víctima.

Adicional a ello, llama la atención de la Sala el actuar reiterativo del procesado, pues según la declaración de la señora Torreglosa Hoyos – madre de la menor- aquel ya se le había insinuado a ella en pretérita oportunidad, afirmando en la diligencia *“a los días de estar viviendo ahí en otra oportunidad él se me insinuaba por lo que tuvo que decirle a la esposa lo que sucedía, a lo que ella le respondió ¡mija el toda la vida ha sido así, eso ya no cambia!”*¹⁹. Revela que las palabras por él utilizadas en ese momento fueron *“como estaba de linda”, “el me podía dar plata y que yo la necesitaba, que cuanto quería”, al tiempo que le cogía la mano cuando realizaba ese tipo de insinuaciones*²⁰.

¹⁹ Audiencia de juicio oral de fecha 08 de abril de 2019. Min. 32:38

²⁰ Audiencia de juicio oral de fecha 08 de abril de 2019. Min. 33:12

Contrario al análisis realizado por el a-quo respecto al acaecimiento de los actos sexuales, considera la Colegiatura que los elementos normativos y descriptivos del tipo penal se encuentran ajustados a la realidad probatoria, porque el resultado del dictamen sexológico enseña que no existía forma de soportar en juicio una penetración con los dedos en alguna de las cavidades de la víctima, ya que no se evidenció huella compatible con ese proceder, e incluso se estaba en presencia de un himen íntegro; y, por tanto, era apenas entendible que la delegada fiscal se limitara a sostener unas maniobras libidinosas en el cuerpo de la adolescente y no una cópula.

Consecuencia de lo que se viene exponiendo, y según el criterio del juez cognoscente la poca o escasa credibilidad que ameritarían los dichos de la menor agraviada, es que se quedaría sin ningún soporte uno de los pilares en los que se cimentó el fallo confutado, el cual se encuentra relacionado con el episodio aludido por la víctima sobre que el procesado le introdujo los dedos en la vagina, para así, de esa forma, de manera errada dar por sentado que no se estaba en presencia de un evento de actos sexuales, acorde con la definición consagrada en el artículo 209 C.P.

Decimos lo anterior por cuanto en el proceso no existe prueba alguna que corrobore lo narrado en tales términos por la joven ofendida, por lo que de ser cierto lo declarado por ella, o sea que el procesado le estuvo manipulando la vagina, los senos y le introdujo los dedos botando sangre, de igual manera, con las pruebas habidas en el proceso, no es posible saber sí con tales

maniobras se logró franquear el vestíbulo vaginal u el orificio vulvar de la agraviada, para que de esa forma se pueda estar en presencia de un acceso carnal vía vaginal, el cual “se estructura desde el momento en que se ha ingresado en la región vulvar pues esa acción ya descarta el simple roce o tocamiento externo de los genitales femeninos, modalidad que reviste un injusto de acto sexual..”²¹; o sí por el contrario dichos actos estuvieron solamente circunscritos o unos simples y meros tocamientos externos de los genitales y los senos de la víctima.

Lo que se tornaba en indispensable para poder distinguir sí se estaba en presencia de un acceso carnal o de un acto sexual, como bien lo ha hecho saber la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“No se desconoce la dificultad práctica que pueda generarse, en un caso concreto, para distinguir la conducta que constituye acceso carnal de aquella que configura un acto sexual diverso, debido a la común objetividad que podría revestir el comportamiento: téngase en cuenta que, en últimas, el acceso carnal es una modalidad de acto sexual, tal como se desprende de la redacción de los artículos 206 y 209 del Código Penal; estas normas sancionan la realización de actos sexuales “diversos del acceso carnal” en cualquier persona mediante violencia (art. 206), o bien en persona menor de catorce años, en su presencia o su inducción a esa clase de prácticas (art. 209).

Así, no cabe duda que un tocamiento de connotación sexual, por fuera de las vías vaginal, oral o anal, también puede significar para la mujer un atentado contra su dignidad, intimidad e integridad sexual. El elemento diferenciador está, entonces, en el dolo del agente y también en el grado de afectación del bien jurídico, en el entendido de que el acto de penetración —con el pene, una parte del cuerpo o un objeto— de alguna de las cavidades mencionadas, debido a su idoneidad para ser utilizadas con propósitos sexuales, supone un franqueamiento o disrupción hacia un espacio anatómico que naturalmente se

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de enero de 2.017. SP666-2017. Rad. # 41948. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

presenta más o menos oculto o cerrado, y cuyo traspaso o rebasamiento, por consiguiente, resulta altamente menoscabante de la esfera sexual de la víctima, y representa un mayor grado de agresión o daño al bien jurídico, que aquel que —teniendo también una connotación sexual— no acarrea una penetración, de allí su mayor punibilidad.

El elemento característico del acceso carnal, diferente al del acto sexual, es, entonces, la penetración de la cavidad anatómica vaginal, anal u oral —del miembro viril, de otra parte del cuerpo humano u otro objeto en los dos primeros casos, y el pene exclusivamente en el último—, en el entendido de que el miembro, la parte del cuerpo del agente, o el objeto comprometido en la conducta, se emplea de forma penetrante o de manera sucedánea a la penetración sexual...²².

A modo de corolario, la Sala es de la opinión consistente en que el Juzgado de primer nivel se equivocó al dar por sentado que con algunas incongruencias en la versión absuelta por la menor M.F.T en el proceso no estaba demostrado que el procesado con los manoseos y demás tocamientos que le efectuó en la región vaginal y en sus senos, no pudo incurrir en una invasión de la esfera corporal íntima de la víctima que se amoldaba al concepto de actos sexuales con menor de 14 años consignado en el aludido artículo 209 C.P.

Recuérdese de todas formas, que la jurisprudencia nacional ha cerrado filas en torno a considerar que es absolutamente normal que en las exposiciones de los menores víctimas de delitos sexuales no todo se diga desde la primera vez, y que ellos a medida que amplían su narrativa con frecuencia añaden otros eventos con similar o mayor incidencia en materia penal. Textualmente se ha expresado:

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de marzo de 2017. Rad. # 44441. SP3989-2017. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

“[...] Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información.”²³ -subrayas y negrilla de la Sala-

Quiere decirse con ello que a nivel jurisprudencial no se ha dado cabida a la tesis – porque no puede tenerse por regla- que cuando un menor agrega o suprime información relevante es porque necesariamente está mintiendo o son falaces sus atestaciones.

Significa entonces, que analizadas individualmente y en su conjunto las pruebas traídas a colación en el juicio, es imperativo inferir que el hecho se cometió y que el autor del mismo no es otro que Gerardo de Jesús Carvajal Álzate, sin que exista duda alguna al respecto, y mucho menos admitir que la declaración de la menor es producto de animosidad por parte de quien lo señaló directamente como la persona que cometió dichos actos libidinosos.

Es así como para la Sala se encuentra debidamente acreditado la existencia de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, como quiera que el señor Gerardo de Jesús tocaba el cuerpo de la menor con fines de satisfacción erótico sexuales, intimándola con matar a su hermano sino hacía lo que él le pedía, palabras aquellas, que enervaron completamente

²³ C.S.J., casación penal del 23-06-10, radicación 33010.

su facultad de decidir y disponer libremente sobre su sexualidad, amen que tampoco había alcanzado el límite de los 14 años de edad, que le permiten obtener jurídicamente la capacidad para disponer de su cuerpo. En ese orden, conforme a las exigencias de los artículos 7 y 381 del Código de procedimiento Penal la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años.

En estos términos, en criterio de la Colegiatura, los presupuestos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal se han superado, toda vez que existe prueba fiel de la existencia del hecho punible constitutivo de punible endilgado y también existe la prueba o la evidencia demostrativa de la responsabilidad que en él le cabe a Gerardo de Jesús Carvajal Álzate, todo ello en grado de conocimiento "más allá de toda duda". Necesario entonces disponer la revocatoria de la sentencia absolutoria leída en audiencia pública el 12 de diciembre por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro y, en su lugar, procederá la condena del sujeto como autor material del aludido delito.

En ese orden, se procederá a dosificar la sanción punitiva así:

Aquel que incurra en el delito de Actos Sexuales Con Menor De Catorce Años, prevé el legislador pena de prisión de nueve (09) a trece (13) años, artículo 209 del Código Penal, modificado por la ley 1236 de 2008, que en meses corresponde a un mínimo de 108 meses y un máximo de 156 meses de prisión. En ese contexto el ámbito punitivo de movilidad es de 48 meses, que, dividido en

cuatro, es igual a 12 meses, con lo cual se compondrá cada cuarto:

Cuarto mínimo	108 a 120 meses de prisión
Primer Cuarto medio	120 a 132 meses de prisión
Segundo Cuarto medio	132 a 144 meses de prisión
Cuarto máximo	144 a 156 meses de prisión

Partiremos entonces de la base de que el señor Gerardo de Jesús Carvajal Álzate no reporta antecedentes penales art. 55 C.P., tampoco se le han deducido circunstancias de mayor punibilidad genéricas de las establecidas en el artículo 58 del Código Penal, luego lo correcto es determinar judicialmente la pena en el primer cuarto punitivo, según lo establecido en el artículo 61 del Código Penal, este cuarto va entre 108 y 120 meses de prisión.

En este orden, se tiene que la conducta desarrollada por el procesado ostenta en sí misma una preponderante gravedad, habida cuenta los bienes jurídicos que se vulneran con su realización, esto es, libertad, integridad y formación sexuales y que la ofensa recae sobre una mujer, que además para la fecha de los hechos contaba con menos de 14 años de edad, acción que trajo consigo consecuencias bastante negativas a nivel personal, social y familiar para la menor víctima, por aquello de la evidente exposición en público de su sexualidad, desvalor de resultado que debe incidir en la imposición de una mayor sanción. Además de ello, quedó claro en el plenario que las consecuencias psicológicas para la menor han sido

significativas, pues ha venido siendo tratada en la Fundación Lucerito, consecuencia del abuso al que fue sometida por el plurimentado victimario, como lo dio a conocer su madre, Lina María Torreglosa Hoyos, de lo cual no se duda al haberse percibido a través de los audios el malestar, incomodidad y dolor que le causó rendir la declaración en la audiencia, en curso de la cual transmitió las intervenciones psicológicas a la menor.

Acorde con lo anterior, la conducta contemplada merece ser reprochada, dado que –como se ha indicado- se ejecutó sobre una menor, siendo que como integrante asociado de la comunidad lo que le correspondía era servir como protector de los derechos que en calidad de sujeto de especial protección le asistían a la víctima, por simple aplicación o desarrollo del principio constitucional de solidaridad social, y no actuar de manera ignominiosa como lo hizo, transgrediendo los bienes jurídicamente protegidos de la adolescente.

Véase que esta clase de comportamientos son de aquellos que indignan a la sociedad, pero con mayor ímpetu a la víctima y su familia, quienes debieron soportar el impúdico comportamiento de Gerardo de Jesús, pues, a pesar de no haberse demostrado alteración alguna en los genitales de la menor M.F.T, lo cierto y verdadero es que le fue invadido ese fuero interno que le permite decidir libremente por su sexualidad. Todo lo anterior redundando en que esta Sala de decisión considere pertinente y necesario imponer una pena de CIENTO DIEZ (110) meses de prisión.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la existencia de un concurso homogéneo de actos sexuales con la adolescente M.F.T la Magistratura habrá de resaltar que, en el curso de la audiencia de juicio oral, la menor víctima hizo alusión a varios hechos donde el procesado ingresó a su casa y éste la intimidó con amenazas de muerte hacia su hermano menor para que se dejará besar, tocarle los senos, verlo masturbar e incluso para que ella le tocara sus partes íntimas, de manera que, si bien no se determinaron con claridad las circunstancias de tiempo que rodearon cada una de las conductas sexuales efectuadas por parte de Carvajal Álzate en contra de la libertad y formación sexual de la menor M.F.T., lo cierto es que sí quedó claro que los actos lascivos se llevaron a cabo en múltiples oportunidades, debiéndose, en consecuencia, condenar al mismo por el concurso imputado. Por tanto, se le impone 20 meses por la homogeneidad de los actos, conforme lo establece el artículo 31 del Código Represor, quedando un total de pena de **CIENTO TREINTA (130) MESES DE PRISIÓN**. En igual término se tasará la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En cuanto a la concesión de sustitutos y subrogados penales, la Sala dispone negar dicha posibilidad por estar expresamente prohibida en eventos que como este trata de delitos sexuales contra menores, prohibición consagrada tanto en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Artículo 199 de la ley 1098 de 2006) como en el artículo 68A del Código Penal. Es así que el procesado deberá purgar la pena en establecimiento

penitenciario y carcelario oficial, para lo cual se girará la correspondiente orden de captura.

Por último, mediante el Acto Legislativo 01 de 2018, por el cual se implementó en Colombia, además del principio de la doble instancia para los aforados, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria. Es así como el artículo 3º de la citada Norma, modificadorio del artículo 235 de la Carta Política, atribuyó a la Sala de Casación Penal (numeral 7), la competencia para conocer de la solicitud de doble conformidad de la primera condena proferida por los tribunales superiores o militares.

En esos términos se cuenta con la posibilidad que le asiste al procesado y/o su defensor para acudir al mecanismo de impugnación especial para que la decisión adversa a sus intereses, emitida en segunda instancia, sea revisada por una autoridad judicial superior y distinta; como también la oportunidad para los demás sujetos procesales de acudir al recurso extraordinario de casación, si a bien lo tienen.

Para finalizar, y no menos relevante, llama la atención de la Sala que el a-quo a pesar de que mediante oficio N° 090 de fecha del 28 de enero de 2020, ordenó la remisión del expediente para ser desatado el recurso de alzada, la carpeta contentiva con las piezas procesales en mención, arribó a la oficina de apoyo judicial en la ciudad de Medellín solo hasta el 23 de octubre de la misma anualidad, a pesar de que mediante el acuerdo PCSJA20—11517 la suspensión de términos por motivos

de salubridad pública (Covid -19) se originó a partir del 16 de marzo hasta el 30 de junio, por lo que se llama la atención para que en lo sucesivo sean remitidas las carpetas en el menor tiempo posible, para resolver un tema propio de la fase de juzgamiento, en segunda instancia.

No desconoce esta magistratura los traumatismos de distintas índoles, en tanto la humanidad ha empezado una era de cambios, con ocasión de la coyuntura experimentada por la pandemia COVID-19, lo cual implica la asunción de esfuerzos adicionales, ante circunstancias excepcionales, redundando, con ello, en una mejor prestación del servicio de la administración de justicia.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **REVOCARA** la sentencia absolutoria de primera instancia proferida el 12 de diciembre de 2019 por el Juzgado tercero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA PENAL DE DECISION**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos y en su lugar CONDENAR al señor GERARDO DE JESÚS CARVAJAL ÁLZATE, de anotaciones civiles y personales

conocidas en el plexo probatorio, a la pena principal de ciento treinta (130) meses de prisión, y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, por hallarlo responsable de la autoría del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS, de acuerdo con las consideraciones que preceden.

SEGUNDO: NEGAR la concesión de sustitutos, subrogados y beneficios penales al condenado.

TERCERO: Para la ejecución de la sanción privativa de la libertad impuesta a GERARDO DE JESÚS CARVAJAL ÁLZATE, se dispone librar boleta de captura ante las autoridades correspondientes.

CUARTO: Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede la impugnación especial para los procesados y/o sus defensores y el recurso extraordinario de casación para el resto de sujetos procesales, en los términos explicados anteriormente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**(En licencia no remunerada)
LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
MAGISTRADO**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Nancy Ávila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**104003433bb4cc4f671bdbda210b49a38bc2c677d8a07ddab3cf0
b779de7e131**

Documento generado en 18/11/2021 06:29:21 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2021-1663-3
Accionante	Martha Luz Ramírez Soto
Accionado	Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Improcedente

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada mediante Acta N° 138 de la fecha

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por **Martha Luz Ramírez Soto** en contra del **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia** y el **Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Indicó la petente¹ que, luego de ser condenada por el **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia** a la pena principal de 35 años, el **Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín**, ha vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia, porque negó su petición de libertad condicional, desconociendo rotundamente el proceso de resocialización que ha adelantado al interior del centro de reclusión, toda vez que, ya cumplió con el factor objetivo para obtener dicho beneficio, pues está privada de la libertad desde el 17 de noviembre de 2004 y ha demostrado tener arraigo tanto familiar como social.

¹ Folios 2 a 7; y 12, expediente digital de tutela.

Precisa que, a tres de sus compañeros de causa, que igualmente fueron condenados, ya les han concedido el beneficio deprecado.

TRÁMITE

Mediante auto de 5 de noviembre de 2021², se dispuso avocar conocimiento de la acción de tutela a tratar, es de precisar que se vinculó a la actuación al **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia, Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito de Antioquia** y al **Establecimiento Carcelario de El Pedregal**, en ese sentido se emitió requerimiento a las entidades aludidas a fin de que ejercieran correctamente sus derechos de defensa y contradicción.

RESPUESTAS

El 8 de noviembre del año en curso³, la titular del **Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín**, al descorrer el traslado de la demanda, informó que, le fue asignada la vigilancia de la pena de 35 años de prisión impuesta a la promotora, mediante sentencia del 31 de diciembre de 2007, por parte del **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia**, tras hallarla penalmente responsable de los reatos de secuestro extorsivo agravado y homicidio agravado.

Expuso que, mediante auto interlocutorio No. 4398 de 15 de octubre de 2021, negó la libertad condicional deprecada por la gestora, por no cumplir con el requisito objetivo, ya que no ha descontado las 3/5 partes de la sanción impuesta, pues fue capturada el 17 de noviembre de 2004, se le han reconocido redenciones de pena por 52 meses y 23 días, las tres quintas partes de su pena son 266 meses y 12 días, por lo que le resta por descontar 185 meses y 7 días; en consecuencia, no es cierto lo expuesto por la accionante, respecto a no querer reconocer su tratamiento penitenciario y el factor de resocialización, pues este factor no se analizará hasta tanto no cumpla con el tiempo establecido por el artículo 64 del Código Penal para concedérsele la libertad solicitada.

Finalmente, aseguró que, frente a dicho proveído no se interpusieron los recursos de ley, por lo tanto, la presente acción de tutela se torna improcedente.

² Folios 17 y 18, ibídem.

³ Folios 19 y 20, ibídem.

Por su parte, el 9 de noviembre hogaño⁴, el director del **Complejo Carcelario y Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad El Coped El Pedregal de Medellín**, respondiendo al requerimiento realizado al interior del trámite tutelar informó que, no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la accionante, quien fue enfática a que el origen de la violación que arguye fue el **Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín**, al negarle el beneficio al que considera tener derecho.

Pone de presente que la Sala Penal del Tribunal de Antioquia, concretamente el magistrado René Molina Cárdenas, conoce de una tutela idéntica presentada por la accionante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para proferir fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la República, la protección inmediata, en cualquier tiempo y lugar, de sus derechos fundamentales, cuando considere que han sido violados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública siempre que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable. En un Estado social de derecho la protección de tales garantías debe ser real y material, a ello apunta la tutela.

2. Problema jurídico

En esta oportunidad, corresponde a la Sala determinar si en la presente acción constitucional se cumplen los requisitos generales y especiales de procedencia cuando se controvierten providencias judiciales. En caso de que así sea,

⁴ Folios 24 y 25, ibídem.

posteriormente, se deberá establecer si en el caso en revisión, el extremo pasivo, vulneró el derecho fundamental invocados por la parte actora del libelo.

1. Análisis de procedencia de la acción de tutela

Como cuestión inicial y ante el planteamiento realizado por el director del **Complejo Carcelario y Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad El Coped El Pedregal de Medellín**⁵, en el que informa la posible temeridad en la presente causa con una demanda que tramita la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia⁶, la Sala precisa que, aquel primer escrito de demanda data del 29 de julio de 2021⁷, pero, fue admitido por el magistrado sustanciador el 3 de noviembre de los corrientes⁸ una vez surtió en sede de impugnación en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia la declaratoria de nulidad de proceso constitucional adelantado inicialmente por la Sala de Casación Penal de la misma corporación.

En ese sentido, conforme lo establecido por la Corte Constitucional, una demanda de tutela es temeraria cuando además de tener identidad de partes, pretensiones y ausencia de dolo o mala fe por parte del libelista⁹, se valora “*el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho*”¹⁰, por lo tanto, para la Sala, la accionante, privada de la libertad y sin bastos conocimientos jurídicos, ante la insoluta demanda inicial, pudo verse avocada a presentar una similar por la preocupación de velar por sus intereses ante el juzgado ejecutor, en consecuencia, no se puede afirmar la existencia de una acción temeraria por parte de la petente.

Ahora, entrando en materia, inequívocamente, la acción de tutela como fue planteada por la accionante, fue dirigida en contra de la providencia judicial por la cual el juzgado accionado negó la libertad condicional, tras considerar incumplido el factor objetivo conforme el artículo 64 del Código Penal.

En este sentido, debe hacerse el correspondiente estudio, acerca de los requisitos de procedencia de la demanda de tutela para controvertir providencias judiciales de la siguiente manera:

⁵ Folios 57 a 53, ibídem.

⁶ Folios 66 y 67, ibídem. Magistrado Ponente Dr. René Molina Cárdenas

⁷ Folio 57, ibídem.

⁸ Folios 66 y 67, ibídem.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-272 de 2019.

¹⁰ Ibídem.

La decisión C-590 de 2005 es el fallo hito tratándose de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, comoquiera que, destaca, como argumento toral dentro de dicha sentencia que hay un grupo de causales de procedibilidad genéricas y específicas para la prosperidad del recurso de amparo en contra de las decisiones judiciales¹¹, cuyo fin –definido con posterioridad- consiste en tener con anticipación reglas metodológicas objetivas que sirvan al operador jurídico para examinar la procedencia y prosperidad de la acción de tutela¹².

Así las cosas, en esos eventos, corresponde al juez constitucional verificar el cumplimiento de ciertos lineamientos generales de procedencia de la acción, en respeto de los principios de autonomía judicial, seguridad jurídica y cosa juzgada, los cuales se erigen como presupuestos previos para determinar la viabilidad de realizar un examen constitucional de las providencias judiciales, así:

“Esta nueva dimensión abandonó la expresión “vía de hecho” e introdujo “criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales”, los cuales fueron distinguidos como de carácter general y de carácter específico. Los primeros constituyen restricciones de índole procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo y fueron clasificados así:

*a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente **relevancia constitucional**. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*

*b. Que se hayan **agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada**, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.*

*c. Que se cumpla el requisito de la **inmediatez**, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.*

*d. Cuando se trate de una **irregularidad procesal**, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la*

¹¹ Así también puede consultar la decisión SU-915 de 2013.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 2010.

protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora **identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados** y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. **Que no se trate de sentencias de tutela.** Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”. Resaltado es nuestro¹³

Una vez satisfechas tales condiciones generales, resulta imperioso que se acredite la existencia de, por lo menos, una causal o defecto específico de procedibilidad, a saber:

“Los segundos -requisitos específicos-, aluden a los yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela. Esos fueron denominados “causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales”, y se explicaron en los siguientes términos:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución.”¹⁴

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU-116 de 2018.

¹⁴ *Ibidem*.

En el asunto bajo revisión, no admite discusión alguna que se trata de un tópico de evidente relevancia constitucional, pues el acierto de la decisión que reprocha la parte actora, tiene incidencia directa sobre derechos constitucionales de indiscutible trascendencia, como lo es el debido proceso y la libertad, inclusive.

Frente al deber de promoción de los mecanismos de defensa judicial existentes a su alcance para revertir la decisión que acusa como nugatoria de sus derechos fundamentales, esto es, según informa el juzgado accionado, la emitida el día 15 de octubre hogaño, identificada con el No. 4398 por medio del cual, el juzgado executor, resolvió **“NEGAR a MARTHA LUZ RAMIREZ SOTO, la libertad condicional por no reunir los requisitos del artículo 64 del C.P., modificado por el artículo 30 de la Ley 1790 de 2014 y lo expuesto en la parte motiva”¹⁵**, a la fecha no se han interpuesto los recursos de ley.

Por consiguiente, no se cumplen con los presupuestos mínimos exigidos para realizar el estudio de fondo del amparo constitucional deprecado por la accionante, y se procederá a declarar la improcedencia de la demanda de tutela, pues de un lado, la actuación aún se encuentra vigente, y de otro, en caso de dejar vencer los términos para la debida interposición de los recursos, no se podría pretender el uso deliberado de la acción de tutela como un mecanismo adicional para revivir términos judiciales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la petición de amparo al derecho fundamental al debido proceso invocado en esta acción constitucional por **Martha Luz Ramírez Soto**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.633.007, de conformidad con lo anotado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: INFORMAR que contra esta providencia procede su impugnación, dentro del término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de la misma.

TERCERO: En caso de no ser impugnado este fallo, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

¹⁵ Folio 22, Expediente digital de tutela.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DESPACHO VACANTE¹⁶
Magistrado

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado Ponente

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado Revisor

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cb6674863874d8bb6ceab09888438d9986bd9249ace88684621f3f0ca3d8a579**
Documento generado en 18/11/2021 04:59:09 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹⁶ Esta decisión fue aprobada inicialmente por quien fungía como magistrada titular del despacho 04 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, motivo por el cual circuló ante los magistrados revisores el día 11 de noviembre de 2021, sin embargo, el 16 de noviembre se posesionó nuevo magistrado en propiedad en este despacho, quien contó con permiso para sus labores por los días 16, 17 y 18 de noviembre hogaño, empero, la Corte Suprema de Justicia le concedió licencia para ocupar un cargo en dicha corporación, situación por la que renunció al permiso desde el 17 de noviembre de los corrientes, quedando acéfalo el despacho y a la fecha el órgano de cierre de la justicia ordinaria no ha definido la situación de vacancia que se presenta.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I.	2021-1706-3
Radicado	05887310400120210009900
Accionante	Gabriela Esther Zapata Vargas Jorge Armando Gaviria Vásquez Mónica Jannette Moreno Patricia Elena Moreno Claudia Martiza Porras González Dora Isabel Areiza Parra
Accionado	Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado mediante Acta N° 138 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por los accionantes¹, contra la sentencia de tutela de 22 de octubre de 2021², emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal - Antioquia, que decidió declarar improcedente el amparo constitucional deprecado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestaron los accionantes que³, el día 31 de agosto de los corrientes presentaron solicitud ante la **Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas** –en

¹ Folio 122 a 125, expediente digital de la acción de tutela

² Folio 96 a 112, ibídem.

³ Folios 3 a 11, ibídem.

adelante **UARIV**-, para que se les fijara fecha cierta de pago de indemnización y se les notificarán los actos administrativos de pago; sin embargo, relataron que, a pesar del tiempo transcurrido, no han recibido información al respecto.

Agregaron que son hombres y mujeres cabezas de familia con niños a su cargo que esperan la entrega de una indemnización administrativa por parte de la **UARIV**, la cual, a pesar de haberseles reconocido, se les ha postergado desde el año 2019, fecha desde la que refieren haber entregado toda la documentación en el punto de atención a víctimas en Yarumal.

Indican que, desde la entrega de la documentación se les ha informado en distintas ocasiones que la entidad se encuentra próxima a definir su situación, pese a lo cual, han recibido constantes reprogramaciones que se extienden siempre por el término de 6 meses o más.

Refieren que se encuentran deambulando por la ciudad debido a su imposibilidad de retornar a su ciudad de origen, y que de la accionada no han recibido más que demoras injustificadas que les imponen presentar nuevamente su documentación cada cierto tiempo.

Así las cosas, peticionan a la judicatura el amparo de sus derechos fundamentales; y, en consecuencia, orden que determine a la **UARIV** a resolver la petición adiada 31 de agosto de 2021 de forma clara, completa y congruente a lo peticionado, en el menor tiempo posible, y se ordene el pago de las indemnizaciones retenidas sin mayores dilaciones.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Yarumal – Antioquia, quien emitió auto fechado 8 de octubre de 2021⁴, en el que decidió asumir la competencia del asunto, y ofició a la accionada para que en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, procediera a manifestarse respecto de los hechos expuestos en el escrito tutelar.

⁴ Folio 24 y 25 íbidem.

2. El día 12 de octubre de la misma anualidad⁵, la **UARIV**, al descorrer traslado de la acción de tutela, se sirvió de afirmar que Gabriela Esther Zapata Vargas Jorge Armando Gaviria Vásquez, Mónica Jannette Moreno, Patricia Elena Moreno, Claudia Maritza Porras González, y Dora Isabel Areiza Parra se encuentran incluidos en el RUV en condición de víctimas.

Sin embargo, pese a haber presentado acción de tutela en conjunto, la entidad se pronunció frente a las particularidades de cada uno de modo singular conforme a los siguientes:

Frente a la situación de Gabriela Esther Zapata Vargas y Jose Armando Gaviria Vásquez la entidad procedió a informar que el día 26 de agosto de 2021, la entidad les remitió comunicado N° 202172029784871 de fecha 9 de octubre de 2021 en el que les notificaba el resultado de la aplicación del método técnico de priorización. Sin embargo, refirió que ante la no entrega de la comunicación, y considerando que la respuesta no se refería al estado de la solicitud de los demás peticionarios, la **UARIV** procedió a remitir la misiva y dar alcance a través de la comunicación N° 202172031916331 de fecha 11 de octubre de 2021, dirigida a las direcciones de correo electrónico isaazapata1001@gmail.com, jorgearmando021980@gmail.com, kelly.gomez720@gmail.com y hlescanao39@gmail.com, en el que se les informaba, entre otras cosas, que no habían resultado priorizados con la aplicación del método, se le ponían de presente los resultados del análisis y se les indicaba que se le aplicaría nuevamente el día 31 de julio de 2022.

Asimismo, relató que en el documento escrito también se consignaba lo siguiente:

Respecto a Mónica Jannette Moreno, refiere la entidad que se le puso de manifiesto la necesidad de aportar el documento actualizado de Diego Alberto Gómez Moreno, el cual se estima como indispensable para adoptar una decisión de fondo; razón por la cual, el procedimiento de indemnización le fue suspendido hasta tanto la interesada allegara los mismos a la entidad.

Frente a Patricia Elena Moreno y Claudia Martiza Porras González, expuso que se les reconoció la medida de indemnización administrativa por medio de las Resoluciones N° 04102019-1049280 del 19 de abril de 2021, y la N° 04102019-1138469 del 22 de abril

⁵ Folios 35 a 42, ibídem.

de la misma anualidad, a pesar de ello, al no encontrarse en una de las situaciones contenidas en el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019 y artículo 1 de la Resolución 582 de 2021, se les aplicaría el Método Técnico de Priorización el 31 de julio de 2022.

En cuanto a Dora Isabel Areiza Parra, manifestó que se le reconoció su calidad de víctima por el hecho victimizante de desplazamiento forzado mediante la Resolución N° 04102019-517347 del 13 de marzo de 2020, y si bien la aplicación del método se realizó el primer semestre de 2021, se requiere consolidar la información, lo que lleva a que su resultado sea puesto en conocimiento dentro de los próximos días, por tanto, no le es posible asignarle fecha cierta de pago, hasta que no se realice el método técnico de priorización y este último arroje resultados favorables.

Seguido a ello, la entidad realizó una exposición del procedimiento contemplado en la Resolución 1049 del 15 de marzo de 2019, planteó situaciones de debido proceso y la posibilidad de que en el presente caso existiera el fenómeno jurídico de hecho superado, dado que la respuesta administrativa al accionante fue clara, precisa y congruente con lo solicitado, y resolvió de fondo la petición; razón por la cual, requirió a la judicatura denegar el amparo constitucional deprecado

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El 22 de octubre de corrientes⁶, el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal – Antioquia, profirió sentencia de primera instancia en la que decidió declarar improcedente la acción de tutela para atender las reclamaciones de los peticionarios.

Lo anterior, en consideración a que, luego de hacer un recuento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, frente al caso en cuestión los accionantes no acreditaron el encontrarse ante la vulneración inminente perjuicio irremediable, y que, sin ello, no le era posible al juez de tutela inmiscuirse en trámites de otras autoridades y resolver asuntos que son competencia de otros entes.

Adicional a ello, expuso el administrador de justicia que, adelantándose al estudio del particular, no evidenciaba vulneración a los derechos fundamentales invocados, toda vez que estimó que los accionantes sí han tenido conocimiento de los procedimientos

⁶ Folio 96 a 112, ibídem.

que han sido adelantados al interior de la unidad con miras a establecer un método de priorización para realizar el pago en un tiempo prudencial.

ARGUMENTOS DEL RECORRENTE

Inconforme con la decisión adoptada, el 22 de octubre hogaño⁷, los accionantes procedieron a presentar recurso de impugnación frente al fallo de primera instancia, indicando en su escrito que la sentencia recurrida debe ser revocada, toda vez que no se realizó un análisis profundo de las pruebas documentales aportadas que daban cuenta de la incertidumbre en la que se encuentran como víctimas, toda vez que, la entidad ha postergado relacionar la fecha cierta para el pago de la indemnización por más de 3 años, exponiéndoles siempre términos que van desde los 6 meses hasta un año para resolver de fondo su solicitud.

Por lo anterior, requieren a la judicatura revocar la decisión de primer grado, y en su defecto ordenar a la **UARIV** a resolver la petición presentada por ellos, para posteriormente fijar una fecha aproximada en la que se hará el respectivo desembolso.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁸, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

De otro lado, esta Corporación tiene la competencia para pronunciarse conforme a lo previsto por el artículo 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, al tener la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

Del caso concreto

El artículo 86 de la Constitución Nacional, dispone que “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la*

⁷ Folio 70 a 73, ibídem.

⁸ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

*protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*⁹. Sin embargo, la misma norma ha dispuesto al mecanismo la calidad de subsidiario; es decir, que no reemplaza los mecanismos judiciales ordinarios para resolver controversias jurídicas.

Por su parte, el numeral primero, del artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, ha señalado que es viable la procedencia transitoria de la acción de tutela cuando existan mecanismos judiciales alternos, siempre que su uso se condicione a la intención de evitar la materialización de un perjuicio irremediable, aclarando que *“la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuento a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*¹⁰.

Así, frente al caso a tratar, la Corte Constitucional, como máximo órgano dentro de la Jurisdicción Constitucional, ha indicado que la acción de tutela por regla general no es procedente para satisfacer pretensiones de tipo patrimonial y económico. No obstante, la misma corporación ha decidido flexibilizar considerablemente la exigencia de subsidiariedad para la población desplazada, al punto que, en estos casos se parte de que la acción de tutela sí es el mecanismo judicial idóneo, efectivo y adecuado para estudiar la solicitud de amparo del derecho a la reparación integral y al mínimo vital¹¹, cuya improcedencia será predicable de la valoración particular del accionante.

En el caso *sub examine*, manifestaron los promotores haber sido víctimas del conflicto armado por el hecho generador de desplazamiento forzado, lo cual les fue reconocido para cada uno de ellos por intermedio de Resoluciones debidamente expedidas por la **UARIV**, y adicional a esto, refirieron encontrarse deambulando por las calles de la ciudad. Es así como estas circunstancias permiten establecer que su situación encaja en el concepto de flexibilización de subsidiariedad abordado por la Corte Constitucional cuando se trata de víctimas del conflicto armado; razón por la cual, este Tribunal se apartará del criterio del operador de primera instancia y revocará la decisión emitida por considerar que la acción de tutela sí se torna procedente para la valoración de la situación estudiada.

⁹ Art. 86. Constitución Política de Colombia

¹⁰ numeral primero, del artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991

¹¹ Sentencia T-028 de 2018.

Ahora bien, se tiene que, en el escrito tutelar, los actores reclaman el informe de una fecha cierta para realizar el pago de la indemnización administrativa que les fue reconocida, y su respectivo desembolso, lo anterior en virtud de escrito de petición adiado 31 de agosto de los corrientes, que afirman no les ha sido resuelto por la entidad. Aunado a ello, exponen que por más de 3 años han vivido en incertidumbre respecto de la entrega de su indemnización en atención a que la unidad posterga de manera reiterativa la oportunidad en la que se les brindará fecha cierta de pago.

Por lo anterior, resulta relevante, examinar en primer lugar la petición aludida por los gestores, en virtud de valorar lo atinente a su derecho fundamental de petición, para seguidamente pronunciarse respecto a la aplicación del método de priorización como requisito indispensable para establecer una fecha cierta del pago de las indemnizaciones administrativas reconocidas por la **UARIV**.

Así las cosas, se tiene que de acuerdo a lo postulado en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia *“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución(..).”*¹², es por ello, que la Corte Constitucional, en ejercicio de sus funciones como órgano de cierre dentro de la Jurisdicción Constitucional, ha sido enfática y reiterativa al exponer la necesidad de que sea emitida por parte de la destinataria de la solicitud, una respuesta de fondo y que la misma sea notificada en debida forma al peticionario.

En cuanto al alcance de la respuesta, el órgano de cierre estableció que:

*“La respuesta de fondo hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas. Según esta Corte, para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) **claridad**, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión; b) **precisión**, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) **congruencia**, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) **consecuencia en relación con el trámite dentro del cual la solicitud es presentada**, «de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”*¹³.

¹² Artículo 23, CN

¹³ Cita de la Corte Constitucional Sentencia T-610 de 2008.

*“Ahora bien, este Tribunal ha aclarado que **la resolución de la solicitud no implica otorgar lo pedido por el interesado**, en tanto, existe una diferencia entre el derecho de petición y el derecho a obtener lo pedido. En efecto, la sentencia C-510 de 2004 indicó que **«el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio si se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado ante la administración para la adjudicación de un baldío, el registro de una marca, o el pago de una obligación a cargo de la administración»**.¹⁴*

En consideración a lo antes descrito, se torna evidente como la alta corte hace una clara distinción entre el deber al que se encuentran sometidas las entidades administrativas de dar respuesta a las peticiones presentadas y, la aceptación por parte de los solicitantes en relación a su contenido. En vista de lo anterior, y en atención al criterio jurisprudencial expuesto, la negativa a una solicitud no conlleva la violación del referido derecho, máxime cuando ésta ha sido aclarada en debida forma y se encuentra amparada en fundamentos legales.

Sin embargo, respecto a la vulneración de este derecho, la misma corporación ha anticipado que existen ocasiones en donde *“entre la interposición de la acción de tutela y la decisión del juez constitucional, desaparece la afectación al derecho fundamental alegada y se satisfacen las pretensiones del accionante”*¹⁵, caso en el cual pronunciamiento alguno por parte de los operadores de justicia se tornaría inocuo por haberse presentado la carencia del objeto de la acción constitucional por el fenómeno jurídico de hecho superado.

En ese sentido, retrotrayendo lo expuesto en precedencia al caso concreto, la judicatura observa que la petición objetada por los accionantes fue resuelta mediante documento adiado 11 de octubre de 2021¹⁶, el cual, de acuerdo a las pruebas documentales aportadas por la accionada, fue notificado a los correos electrónicos referidos por los accionantes para recibir notificaciones ese mismo día.

Así las cosas, evidenció la judicatura como en el cuerpo de la resolución atendida se consigna información relevante respecto a la situación particular de cada uno de los petentes; esto es, discriminando su estado actual respecto a la indemnización administrativa, exponiendo las razones por las cuales no se le ha asignado fecha cierta, e indicando la fecha próxima para una nueva aplicación del método de priorización en algunos casos, o informando lo requerido en otros.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2017.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-054 de 2020

¹⁶ Folio 48 a 51, expediente digital de la acción de tutela

De tal suerte, que a pesar de que la respuesta no fue favorable a las peticiones de los promotores, encuentra la sala que, a la fecha de resolución de la acción de tutela, no se encontraban transgredidos en su derecho constitucional, pues entre la presentación del escrito tutelar y la emisión de la sentencia de primera instancia, la demandada procedió a subsanar las irregularidades que atentaban con el derecho fundamental de petición de los referidos.

En otro punto, dado que la acción de tutela presentada tiene por pretensión obtener el pago de la indemnización administrativa, y que el recurso de impugnación promovido por los accionantes se cimienta en la parquedad de la unidad para asignarles fecha cierta del pago del referido concepto, esta instancia judicial procederá a precisar sobre lo siguiente:

De conformidad a lo postulado en la Resolución 1049 de 2019, el Método Técnico de Priorización *“es un proceso técnico que determina los criterios y lineamientos que debe adoptar la Subdirección de Reparación Individual para determinar la priorización anual del desembolso de la indemnización administrativa”*¹⁷, este mecanismo tiene por objeto generar listas ordinales que indicarán la priorización para el desembolso del derecho económico al que tienen lugar las víctimas reconocidas en el RUV, y se aplica anualmente a las mismas a efectos de determinar la urgencia en los pagos, asignar turnos que resulten proporcionales a ellos, y respetar los recursos asignados a la entidad para la vigencia fiscal¹⁸.

Conforme a lo antes descrito, resulta evidente que la entidad no conoce la fecha cierta de pago de las indemnizaciones administrativas, salvo la asignada para aquellas personas que resultaron priorizadas con la aplicación del método expuesto anteriormente. Es en razón de ello, aunado a que en el RUV se registran más de 300 mil víctimas del conflicto armado, es que se predica la imposibilidad de exigirle a la demandada el aporte de una fecha exacta o aproximada en la que realizará el pago del concepto económico que anteriormente reconoció; y de igual manera, resulta contrario a derecho que un juez de tutela proceda a ordenar el pago de la indemnización administrativa sin antes haberse comprobado que los accionantes se encuentran inmersos alguna de las situaciones contenidas en el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019 y artículo 1 de la Resolución 582 de 2021, situación que se aclara no fue

¹⁷ Artículo 16, Resolución 1049 de 2019

¹⁸ Artículo 17, ibídem.

presentada por los interesados, toda vez que, en el libelo probatorio no consta prueba si quiera sumaria del estado de vulnerabilidad que requiere la norma previamente citada.

Así las cosas, se deja claridad de que la falta de entrega de una fecha cierta antes de la aplicación del método de priorización, no constituye en modo alguno vulneración a los derechos fundamentales del petente; razón por la cual la sala consideró suficiente la respuesta emitida por la **UARIV** para considerar satisfecho el amparo al derecho fundamental de petición, y considera que no es viable acceder a su pretensión encaminada al pago de la indemnización administrativa, de modo que procederá a negar las pretensiones de los libelistas por presencia del fenómeno jurídico de hecho superado, en relación con la petición de 31 de agosto de 2021, y por no encontrarla acorde a derecho, de acuerdo con la orden de pago del referido concepto

Por lo expuesto, esta Sala de decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida el 22 de octubre de 2021, por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal – Antioquia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR la tutela al derecho fundamental de petición pretendido por **Gabriela Esther Zapata Vargas, Jorge Armando Gaviria Vásquez, Mónica Jannette Moreno, Patricia Elena Moreno, Claudia Martiza Porras González, Dora Isabel Areiza Parra**, por encontrarnos frente a un hecho superado.

TERCERO: NEGAR la pretensión de **Gabriela Esther Zapata Vargas, Jorge Armando Gaviria Vásquez, Mónica Jannette Moreno, Patricia Elena Moreno, Claudia Martiza Porras González, Dora Isabel Areiza Parra**, relativa al pago de la indemnización administrativa, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: REMITIR la actuación a Corte Constitucional para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**DESPACHO VACANTE¹⁹
Magistrado**

**(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado Ponente**

**(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado Revisor**

Firmado Por:

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
85ac0c6f4953712e842de3c801c34b5921ac16503803e56de3c4b230887d556b
Documento generado en 18/11/2021 04:59:23 PM

¹⁹ Esta decisión fue aprobada inicialmente por quien fungía como magistrada titular del despacho 04 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, motivo por el cual circuló ante los magistrados revisores el día 11 de noviembre de 2021, sin embargo, el 16 de noviembre se posesionó nuevo magistrado en propiedad en este despacho, quien contó con permiso para sus labores por los días 16, 17 y 18 de noviembre hogaño, empero, la Corte Suprema de Justicia le concedió licencia para ocupar un cargo en dicha corporación, situación por la que renunció al permiso desde el 17 de noviembre de los corrientes, quedando acéfalo el despacho y a la fecha el órgano de cierre de la justicia ordinaria no ha definido la situación de vacancia que se presenta.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL
SEDE CONSTITUCIONAL

Medellín, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Acta N° 139

N° Interno : 2021-1812-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Luís Carlos Legarda Ruíz
Accionada : Fiscalía 255 Especializada de Justicia
Transicional de Bogotá
Decisión : Remite por competencia

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

ASUNTO

El señor LUÍS CARLOS LEGARDA RUÍZ, interpuso la presente acción de tutela contra la FISCALÍA 255 ESPECIALIZADA DE JUSTICIA TRANSICIONAL DE BOGOTÁ, en procura de la protección de sus garantías constitucionales fundamentales del debido proceso y non bis in idem, que considera afectadas porque, en su sentir, ese órgano instructor pretende vincularlo a un nuevo proceso penal por hechos que ya fueron objeto de estudio en un proceso penal en el que fue declarada la prescripción de la acción penal.

Sin embargo, revisado el expediente, se observa que los hechos relatados por la parte actora y sobre los cuales finca la afectación a sus prerrogativas, solo son atribuibles a la FISCALÍA 255 ESPECIALIZADA DE JUSTICIA TRANSICIONAL DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ. En esas condiciones, y en atención a la autoridad que ha de conformar el polo pasivo de la litis, es claro que acorde a la normativa establecida en punto de las reglas de competencia, para efectos del conocimiento de esta clase de trámites constitucionales, la llamada a conocer del presente trámite constitucional es la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en consideración a su grado funcional y de acuerdo al *artículo 1º, numeral 4, del Decreto 1983 de 2017*.

4. Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones de los Fiscales y Procuradores serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad judicial ante quien intervienen...

Sobre este específico aspecto, además del Decreto antes citado, la H. Corte Constitucional en Auto 124 de 2009, Auto 061 de 2011, y otros recientes como el Auto 289 de 2019, dejó en claro que existen tres factores de asignación de competencia en materia de tutela:

(i) *el factor territorial, en virtud del cual son competentes “a prevención” los jueces con jurisdicción en el lugar donde: (a) ocurre la vulneración o la amenaza que motiva la presentación de la solicitud, o (b) donde se produzcan sus efectos;*

(ii) *el factor subjetivo, que corresponde al caso de las acciones de tutela interpuestas en contra de: (a) los medios de comunicación, cuyo conocimiento fue asignado a los jueces del circuito de conformidad con el factor territorial; y (b) las autoridades de la Jurisdicción Especial para la Paz, cuya resolución corresponde al Tribunal para la Paz; y*

(iii) el factor funcional, que debe ser verificado por las autoridades judiciales al momento de asumir el conocimiento de la impugnación de una sentencia de tutela y que implica que únicamente pueden conocer de ella las autoridades judiciales que tengan la condición de “superior jerárquico correspondiente”^[13] en los términos establecidos en la jurisprudencia.

En ese orden, estima la Sala que el conocimiento de la presente acción, no radica en esta Magistratura, sino, para el caso que nos ocupa, en la *SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ*, por lo que se dispondrá la remisión de la presente acción ante esa Corporación, pues el aquí accionante finca su inconformidad en presuntas irregularidades cometidas por la FISCALÍA 255 ESPECIALIZADA DE JUSTICIA TRANSICIONAL DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ, en un proceso que viene adelantándose en su desfavor por los delitos de Concierto para delinquir agravado y otros.

En mérito de lo brevemente expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL, DECLARA QUE NO ES COMPETENTE** para asumir el conocimiento de la acción de tutela promovida por el ciudadano LUÍS CARLOS LEGARDA RUÍZ; en consecuencia, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala, se proceda a remitir las diligencias ante la *SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ*, en punto de la competencia para conocer del referido trámite de amparo constitucional; lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

Además, **SE DISPONE** efectuar comunicación a la parte actora, en torno a lo que fue materia de la presente decisión.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Rene Molina Cardenas

N° Interno : 2021-1812-4
Auto de tutela 1º instancia
Accionante : Luí Carlos Legarda Ruíz
Accionadas : Fiscalía 255 Especialiada de Justicia
Transicional de Bogotá.

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9df94db803604828ed6f5b2e1cee053184018c2fc369c1489ae9384e0cc99915

Documento generado en 19/11/2021 03:24:26 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Tutela segunda instancia

Accionante: José Benjamín Quintero Castro

Accionado: ARL Positiva Y otro.

Radicado: 05637631040012021 00143

(Radicado TSA: 2021-1717-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 146

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	José Benjamín Quintero Castro
Accionado	ARL Positiva y otro
Tema	Pago de incapacidades
Radicado	05637631040012021 00143 (Radicado TSA: 2021-1717-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Decidir la impugnación que interpusiera el accionante, contra la decisión proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Ant.),, mediante la cual declaró improcedente el amparo constitucional solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. El accionante sostuvo que durante el año 2020 se encontraba en incapacidad laboral por accidente de trabajo. Antes de iniciar la contingencia por el COVID en el 2020 fue atendido en forma presencial por el médico asignado por la ARL, quien lo incapacitó desde el 6 de abril del 2020.

Afirma que no le fue posible acceder a las incapacidades del 22 abril de 2020 hasta el 23 de agosto de 2020. Advierte haber elevado petición a ARL POSITIVA en este sentido.

Indica que debido a la contingencia del COVID-19 quedó muy afectado, sin auxilio por incapacidad durante esos meses, con la consecuente falta de dinero para su subsistencia.

Requiere tutelar sus derechos fundamentales, solicita ordenar la ARL POSITIVA que asuma en forma efectiva la generación y pago de incapacidades a su favor del 22 de abril de 2020 hasta el 23 de agosto de 2020.

2. El Juzgado de primera instancia negó por improcedente el amparo constitucional solicitado. Adujo que desde el 22 de abril, hasta la interposición de la acción, han transcurrido aproximadamente catorce meses, espacio de tiempo extenso. No se logra probar la afectación de un derecho fundamental que exija medidas urgentes por parte del juez de tutela para su restablecimiento. También se cuenta con la falta de requisito de subsidiariedad, toda vez que existe otro medio al que la parte puede acudir para que se amparen sus derechos presuntamente vulnerados por las accionadas.

Tutela segunda instancia

Accionante: José Benjamín Quintero Castro

Accionado: ARL Positiva Y otro.

Radicado: 05637631040012021 00143

(Radicado TSA: 2021-1717-5)

En consecuencia, la acción de tutela presentada, para el pago de incapacidades médicas, es improcedente, pues no reúne los requisitos exigidos de la inmediatez y subsidiariedad.

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido por el Juzgado de primera instancia fue impugnado por el accionante quien afirmó que es una persona de escasos recursos y su conocimiento de las acciones legales es limitado. El 24 de agosto de 2020 cuando reinició la atención con la ARL POSITIVA luego de la suspensión del servicio desde el 22 de abril de 2020, pensó que la ARL POSITIVA iba a cumplirle a cabalidad.

Afirma que realmente en esa época no había como acudir presencialmente, trató de acudir a la Personería de la Unión, y el Personero fue incapacitado por COVID. Además, inscribió a la ARL POSITIVA y las respuestas se demoraron por llegar, por eso sólo hasta esta época puedo acudir a la tutela. Realmente, no tiene como acudir a una acción ordinaria. Es una persona de bajos recursos. Solicita se revoque el fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación interpuesta por el accionante.

2. Problema jurídico planteado

Determinará la Sala en esta oportunidad si se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la pretensión de amparo constitucional.

3. Valoración y resolución del problema jurídico

Procedencia de la acción de tutela en materia de asuntos laborales.

Por regla general¹, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver conflictos relacionados con el reconocimiento y pago de prestaciones sociales –en este caso de incapacidades laborales-. Se ha dicho, que es en sede del Juez natural, -bien sea el laboral o el contencioso administrativo según corresponda- que debe debatirse este tipo de controversias.

Excepcionalmente es procedente conceder la reclamación prestacional a través de la vía constitucional, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial o cuando existiendo, se promueve la tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. La jurisprudencia ha reiterado que, aunado a la existencia del mecanismo ordinario o el potencial padecimiento de un perjuicio irremediable, es procedente conceder la tutela cuando ese mecanismo de defensa judicial ordinario, resulta inoperante o ineficaz para la adecuada protección de los derechos invocados, circunstancia que debe ser evaluada por el juez constitucional en cada caso concreto, tal como lo demanda el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

¹ T-476 de 2001, T-1083 de 2001 y T- 634 de 2002, 052 de 2008, entre otras.

Tutela segunda instancia

Accionante: José Benjamín Quintero Castro

Accionado: ARL Positiva Y otro.

Radicado: 05637631040012021 00143

(Radicado TSA: 2021-1717-5)

Ahora, frente a la falta del pago de las incapacidades causadas por enfermedad, la Corte Constitucional² ha dicho que el subsidio derivado de la contingencia sustituye el salario del trabajador durante el tiempo de su inactividad laboral y económica. Es ese pago la única fuente de ingresos del trabajador, su no cancelación vulnera los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna lo que conllevaría a causar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, no es posible sostener que el afectado este sufriendo un perjuicio irremediable, pues no fue acreditado por la parte actora. Esto es, no se demostró que el mínimo vital de Quintero Castro este siendo vulnerado, razón por la que la tutela resulta improcedente. La acreditación del detrimento del mínimo vital en cabeza de la parte demandante se convierte en un factor imprescindible para la procedencia de la acción, situación que no se ventiló en debida forma en este asunto.

Para afirmar la afectación al mínimo vital el actor solo advirtió que era una persona de bajos recursos. No se informó que el afectado no cuente con la ayuda de algunos miembros de su familia o núcleo familiar que le permitan solventar sus necesidades básicas hasta tanto se resuelva su situación laboral. Se desconoce de qué vivió del 22 abril de 2020 hasta el 23 de agosto de 2020 cuando se generó la última incapacidad. La afectación de su derecho fundamental se produjo por cuatro meses entre abril y agosto de 2020, desde esa fecha transcurrieron 14 meses antes de la presentación de la tutela lo que lleva a concluir que la vulneración del mínimo vital fue superada.

Ello no implica que se esté afirmando que no le asiste el derecho al afectado para reclamar el pago de las incapacidades generadas, lo que se afirma es que no es esta acción el medio idóneo para reclamar tal derecho porque no se demostró que haya un perjuicio irremediable

² sentencia T-018 de 2010.

Tutela segunda instancia

Accionante: José Benjamín Quintero Castro

Accionado: ARL Positiva Y otro.

Radicado: 05637631040012021 00143

(Radicado TSA: 2021-1717-5)

ligado a la afectación de un derecho fundamental que deba protegerse.

En casos inherentes a la consecución de prestaciones económicas mediante la acción de tutela, se limitó la procedencia de este mecanismo de protección a la obtención de prueba sumaria con la cual se acredite que el afectado se encuentra en imposibilidad económica de aguardar el devenir de un trámite ordinario, en caso de que la administración encargada de reconocer esta clase de prestaciones niegue el respectivo derecho prestacional.

Claramente no se han agotado las vías ordinarias que hagan procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo. Y, como mecanismo transitorio de protección no se acreditó, como ya se dijo, la afectación de la garantía fundamental al mínimo vital del afectado. No es la acción constitucional la llamada a dirimir la presente controversia.

Finalmente, no le resta razón a la juez cuando afirma que no se cumplió en este asunto con el principio de la inmediatez. Lo cierto es que pasó más de un año luego de la última incapacidad, cuando se accionó ante la justicia constitucional cuando ya la afectación al mínimo vital estaba superada.

Por lo expuesto, esta Sala confirmará el fallo impugnado.

Por último, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co y su aprobación se efectúa de acuerdo con la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Tutela segunda instancia

Accionante: José Benjamín Quintero Castro

Accionado: ARL Positiva Y otro.

Radicado: 05637631040012021 00143

(Radicado TSA: 2021-1717-5)

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja -(Ant.).

SEGUNDO: Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Tutela segunda instancia

Accionante: José Benjamín Quintero Castro

Accionado: ARL Positiva Y otro.

Radicado: 05637631040012021 00143

(Radicado TSA: 2021-1717-5)

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

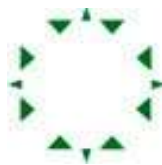
Código de verificación:

66a70ede2e0d365a1d88edb0d92a7782e1a3c03c7fb5cfe846c3e460cb619f3c

Documento generado en 18/11/2021 05:03:53 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 146

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionado	Fiscalía General de La Nación y otra
Radicado	0563763104001 2021 00131 (N.I. 2021-1722-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Decidir la impugnación interpuesta por la Gobernación de Antioquia contra la decisión proferida el 15 de octubre de 2021 por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Ant.), que concedió parcialmente el amparo constitucional solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Afirmó el accionante que en el año 2002 le fue hurtada una motocicleta de PLACAS RHL57A, YAMAHA DT-125, con número de CHASIS 3TKO14245, Color Negro, matriculada en Rionegro – Antioquia. Con ocasión del conflicto armado, además de otras situaciones, se vio

obligado a desplazarse, por lo que está incluido en el Registro único de víctimas.

En el año 2020 le empezaron a comunicar deudas de impuestos de la motocicleta desde la Gobernación de Antioquia por un valor aproximado de cinco millones de pesos (\$5.000.000), situación que nunca había ocurrido en años anteriores y, de hecho, ya se había olvidado de ese episodio de hurto y desplazamiento en el año 2002.

La Gobernación de Antioquia le indicó que para la cancelación de los impuestos debía denunciar los hechos y presentar la constancia de no recuperación de la motocicleta.

Por lo anterior, no tiene cómo presentar el documento ante la Gobernación para la exoneración. Advierte que no está en condiciones de pagar, ya que es una persona de escasos recursos. La última oportunidad que tiene de defenderse es a través de la intervención del Juez.

2. El Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, fundamentó su decisión de conceder parcialmente el amparo manifestando que:

“Si bien en un principio podría señalarse que el accionante pretende se le exonere de dichos cobros por la vía de la tutela, por lo que tales pretensiones tienen un alcance jurídico de naturaleza ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo cierto es que se evidencia que en caso concreto el actor sí ha acudido a las vías correspondientes (solicitando lo de su competencia a cada entidad), y al menos de una de éstas no ha encontrado respuesta oportuna, de conformidad con sus funciones, esto es la Fiscalía Local de La Ceja.(...) de acuerdo a la respuesta obtenida a través de Inspección de Policía y Tránsito de la Unión, la denuncia sobre los hechos objeto de esta tutela sí se efectuó, y se dio traslado al ente encargado del ejercicio de la acción penal. Según respuesta de las accionadas, el día 28 de abril de 2002 se tomó versión de denuncia por el señor RUBEN DARIO GARCIA

RUIZ, con documento de identidad 15,355.983 de La Unión, dando traslado el día 29 de abril del 2002 y remitiendo la denuncia a la Fiscalía Local de La Ceja - Antioquia, bajo el radicado 2002-0230, por lo que la fiscalía cuenta con total claridad de los datos del ciudadano, así como de los hechos que pone en conocimiento ante las autoridades, además de la solicitud puntual que realiza, en atención a la solución que requiere a su problema, cuya respuesta se demanda de la fiscalía local, quien es la entidad que debe proceder a informar del respectivo trámite a la autoridad de tránsito y a la gobernación, para efectos que dichas autoridades resuelvan lo propio de su competencia sobre las multas en contra del accionante.

Así las cosas, deberá ordenarse a la fiscalía local para que, en las 48 horas siguientes contadas a partir de la notificación de esta decisión, proceda a dar trámite a la denuncia con radicado 2002-0030, del 28 de abril del 2002, de la cual se tiene conocimiento por respuesta que allegara la Inspección de Policía y Tránsito de La Unión, y proceda a informar de dicho trámite a las autoridades departamentales y de tránsito correspondientes, para lo de su competencia."

DE LA IMPUGNACIÓN

La Gobernación de Antioquia solicitó se revocara la decisión toda vez que, dentro de la legislación nacional, el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial de carácter ordinario o especial, que está en la libertad de interponer antes de solicitar el amparo constitucional. No se probó un perjuicio irremediable. De conformidad con la información registrada en la base de datos de la entidad y en el Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT), el vehículo aun figura en estado activo, en consecuencia, al ostentar dicha calidad el propietario tiene la responsabilidad frente a todos los gravámenes, aportes y sanciones en que se vea involucrado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación interpuesta por la parte accionante.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará si fue procedente la orden emitida por la Juez de primera instancia.

3. Valoración y resolución del problema jurídico

El accionante reclama la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa. Solicita se ordene a las accionadas la exoneración de los cobros por comparendos por valor de por un valor aproximado de cinco millones de pesos (\$5.000.000) que recaen sobre una motocicleta de su propiedad que fue hurtada hace más de 19 años.

A la fecha no se ha realizado la cancelación de la matrícula. La denuncia del hurto del vehículo la materializó en el año 2002 una vez le fue hurtada la motocicleta.

Sea lo primero indicar que la Corte Constitucional en un caso parecido, afirmó que la ignorancia no excusa el incumplimiento de la ley¹, a pesar de la ausencia de una adecuada información al ciudadano sobre la forma en la que debe cumplir con sus deberes, este no puede argumentar el desconocimiento de la ley como causa para el incumplimiento de sus obligaciones administrativas.

¹ Sentencia T-489 de 2004.

La administración pública no debe limitar su comportamiento a reclamar de los administrados cuidado y diligencia, pues de su parte tiene el deber de informar adecuada, oportuna y realmente, sobre la forma como los interesados cumplirán con las obligaciones que el ordenamiento jurídico les impone.

La Gobernación de Antioquia ha actuado conforme a las normas que rigen esta clase de asunto, se ha limitado a cobrar una suma de dinero que el accionante le adeuda. La tutela no está llamada a prosperar para exoneración de un pago por ignorancia del asociado, pues se observa que la administración pública no ha vulnerado ningún derecho. En ese orden de ideas, cuando la pretensión es estrictamente económica, la Corte Constitucional ha sido clara en afirmar que la naturaleza y finalidad de la acción de tutela es la de proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados de una persona, mas no solucionar conflictos de orden económico.²

Sin embargo, aunque existió una actitud pasiva y desentendida del actor por más de 19 años frente al tema, se constató que sí acudió a la vía judicial. El Inspector de Policía de Tránsito del municipio de la Unión- Ant. informó haber recibido denuncia de los hechos a finales del año 2002. Y, a pesar de que la fiscalía fue puesta en conocimiento del hecho, no le ha dado trámite a la denuncia.

De acuerdo con la respuesta obtenida a través de Inspección de Policía y Tránsito de la Unión, la denuncia sobre los hechos se efectuó en el año 2002 y de inmediato se dio traslado a la Fiscalía Local de La Ceja Antioquia para lo de su competencia. A pesar de ello, el ente investigador no efectuó ningún trámite. La Fiscalía de la Ceja estaba en la obligación de realizar los actos de investigación a fin de recuperar la motocicleta, de ubicarla o emitir constancia de no

² Sentencia T-903 de 2014.

recuperación informando a las autoridades departamentales y de tránsito correspondientes, para lo de su competencia y no lo hizo.

De esta manera, es clara la vulneración al debido proceso administrativo. De haberse dado trámite a la denuncia realizada en el año 2002 la matrícula estaría cancelada y no existiera cobro alguno de los impuestos de la motocicleta. Siendo así, se CONFIRMARÁ en su integridad el fallo impugnado.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 prorrogado, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido del auto por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Ant.) de conformidad con lo motivado.

SEGUNDO: Una vez comunicada esta decisión a las partes, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: INFORMAR que esta decisión se debatió y aprobó por correo electrónico, siguiendo los acuerdos PCSJA20-11517 y PCSJA-20-11518, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20- 11526 de 22 de marzo y PCSJA20-11532 de 11 de abril de

2020, del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d4fdbefb12db94838a213e587deef996634434fa0449e161c843f3833f1c
1f6

Documento generado en 18/11/2021 05:04:04 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Tutela segunda instancia

Accionante: José Orlando Londoño Villa

Accionado: Nueva EPS y Clínica Antioquia

Radicado: 2021-0012700

(N.I. TSA 2021-1735-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 146

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	José Orlando Londoño Villa
Accionado	NUEVA E.P.S.
Tema	Tratamiento integral
Radicado	2021-0012700 (N.I. TSA 2021-1735-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Decidir la impugnación presentada por la NUEVA E.P.S., contra la decisión proferida el 19 de octubre de 2021 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urao (Antioquia), mediante la cual concedió el tratamiento integral respecto a la patología que padece José Orlando Londoño Villa.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Manifestó el accionante que está afiliado como beneficiario en salud a la Nueva EPS, cuenta con diagnóstico de hernia umbilical, su médica tratante le ordenó consulta de primera vez con la especialidad de cirugía general. Explica que la Nueva EPS autorizó la prestación del servicio en la IPS Clínica Antioquia, entidad que informó que la asignación de la cita solo se puede realizar después del mes de febrero de 2022, motivo por el que decide regresar a la EPS para un cambio de orden, pero le informan que no es posible.

La Clínica Antioquia en respuesta al pronunciamiento de los hechos ante el juzgado de primera instancia procedió a programar la cita para el 29 de octubre de 2021.

2. El juzgado de primera instancia declaró como hecho superado el hecho que motivó la acción constitucional y ordenó a la Nueva EPS garantizar el tratamiento integral frente a la patología que padece el afectado, siempre que haya justificación de la prescripción por médico tratante.

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido en primera instancia lo impugnó la Nueva EPS con los siguientes argumentos principales:

1. Son servicios hipotéticos, futuros e inciertos que aún no están ordenados por el médico tratante. Ordenar tratamientos no ordenados por ningún profesional de la salud, significa cubrir con los recursos del sistema de seguridad social en salud todos los servicios de forma ilimitada por la EPS, lo que contraria lo dicho por la Corte Constitucional. Puede resultar en perjuicio del

paciente un tratamiento o servicio no ordenado por el médico tratante que posiblemente no necesita.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación impuesta por la NUEVA E.P.S.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará en esta oportunidad si es procedente la orden de tratamiento integral ordenada a José Orlando Londoño Villa por la patología que lo aqueja.

3. Solución del problema jurídico.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido pacífica al referirse al tratamiento integral que requieran los usuarios del servicio de salud como consecuencia de las enfermedades que padecen. Las E.P.S como entidades aseguradoras del sistema general de seguridad social en salud, están obligadas a prestar el servicio a sus afiliados de manera íntegra y continua, con arreglo a los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. De esta manera se evita supeditar la defensa de los derechos fundamentales a litigios de orden administrativo que obstaculizan la prestación oportuna de los servicios en salud.

La Corte Constitucional en pro del principio de integralidad ha dejado expresa la obligación de las entidades de salud para suministrar la atención integral, ello, comprende todo cuidado, suministro de

medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados. Igualmente deben prestar un tratamiento integral, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento¹.

En este sentido, es evidente para la Sala que el principio de integralidad es un criterio que coadyuva con la prestación del servicio de salud de una manera eficiente para evitar poner en riesgo el derecho fundamental de la salud del paciente, pues es claro que el afectado padece de una patología que requiere diferentes tratamientos y servicios para contribuir con una positiva recuperación.

El Juez de instancia ordenó a la Nueva EPS garantizar el tratamiento integral de la patología de *hernia umbilical sin obstrucción ni gangrena*, siempre y cuando las prescripciones médicas estén con la debida justificación del médico tratante. Es así como el galeno remitió al paciente a la especialidad de cirugía general porque posiblemente este diagnóstico requiere de una intervención quirúrgica u otro tratamiento que la especialidad considere apropiado para la recuperación según el estado de salud del paciente. La orden de garantizar un tratamiento integral a la patología padecida, conlleva a que el servicio se brinde de forma oportuna, eficiente y con calidad para evitar la vulneración de derechos y la interposición de futuras

¹ sentencia T-576 de 200817.- "El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. **Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento**". (Subrayado fuera del texto original).

acciones por cada servicio prescrito por el médico tratante con relación a la misma patología.

Sin necesidad de otras consideraciones, ésta Sala CONFIRMARÁ en su integralidad la decisión del Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao (Ant.).

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co y su aprobación se efectúa de acuerdo con la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao (Antioquia).

SEGUNDO: Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Tutela segunda instancia

Accionante: José Orlando Londoño Villa

Accionado: Nueva EPS y Clínica Antioquia

Radicado: 2021-0012700

(N.I. TSA 2021-1735-5)

Código de verificación:

6eb6650e87c3815e7ace11c5f41c5039aa0ca1ef3a087a302044ad4d1362b811

Documento generado en 18/11/2021 05:05:07 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 147 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio – Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
Asunto	Apelación contra decisión que resolvió solicitud de libertad condicional
Radicado	05-000-31-07-001-2006-00024 (N.I. TSA 2021-1809-5)
Decisión	Se abstiene de resolver y remite al competente

ASUNTO

Procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por MARTHA LUZ RAMÍREZ SOTO contra el auto interlocutorio Nro. 1940 del 7 de mayo de 2021, mediante el cual, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín negó su solicitud de libertad condicional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El 16 de noviembre del año 2021, esta Sala adoptó sentencia de tutela dentro del radicado 2021-1730-5, adelantada por MARTHA LUZ RAMÍREZ SOTO en contra del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, trámite al cual se vincularon otras autoridades. El objeto la acción constitucional tuvo fundamento en el auto Nro. 1940 del 7 de mayo de 2021, y en concreto, en la negativa de la libertad condicional.

En la decisión constitucional la Sala ordenó al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín que de manera inmediata remitiera el expediente de RAMÍREZ SOTO *“a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín para que sea resuelto el recurso de apelación presentado en contra del auto del 7 de mayo de 2021 que negó la libertad condicional.”*.

Lo anterior por cuanto MARTHA LUZ fue condenada dentro de un proceso adelantado por la Ley 600 del 2000, de modo que la apelación contra el citado auto es competencia la Sala Penal del Tribunal del distrito al que pertenece el Juzgado de vigila la condena,¹ para el caso, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Sin embargo, de manera desacertada, el recurso de apelación fue enviado y repartido a esta Sala, allegándose al Despacho del Magistrado Ponente el 18 de noviembre del año 2021.

Siendo así, esta Sala se abstendrá de resolver el recurso planteado y ordenará remitir el expediente a la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN** para que, de acuerdo con lo antes expuesto, adelante el trámite correspondiente. Además, se informará de esta decisión al

¹ Artículo 80, Ley 600 del 2000.

Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, y a la sentenciada, para lo pertinente.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, prorrogado, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo con la aceptación del contenido del auto por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE DE DECIDIR el recurso de apelación interpuesto por MARTHA LUZ RAMÍREZ SOTO contra el auto interlocutorio Nro. 1940 del 7 de mayo de 2021 proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Medellín.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN** para que proceda conforme a su competencia.

TERCERO: INFORMAR de esta decisión al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Medellín y a la sentenciada.

CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

**Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

25bc49d2e66b64459a068da8d3d17f2069dfd80373703774a53023b5ccdaba4f

Documento generado en 19/11/2021 03:24:33 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050002204000202100636 **NI:** 2021-1727-6
Accionante: DR. CAMILO VILLEGAS ARAQUE EN REPRESENTACIÓN DE
MATEO ELIECER RUIZ GARCÍA
Accionados: JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO
(ANTIOQUIA) Y EL JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE EL
CARMEN DE VIBORAL
Decisión: Niega
Aprobado Acta No.: 188 de noviembre 18 del 2021
Sala No.: 06

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, noviembre dieciocho del año dos mil veintiuno

VISTOS

Al abogado Camilo Villegas Araque quien actúa en representación del señor Mateo Eliecer Ruíz García conforme al poder especial que adjunta, solicitó protección Constitucional a los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho a la defensa, presunción de inocencia, al acceso a la administración de justicia y a la libertad, presuntamente vulnerados por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) y el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral.

LA DEMANDA

Indica el profesional del derecho en su extenso escrito de tutela, que su prohijado fue aprehendido el día 30 de abril de 2021 y se encuentra privado de la libertad en el Centro de Retención de Rionegro.

Ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral el 1 de mayo de 2021, a petición de la Fiscalía 16 Especializada de Bogotá dentro del radicado 110016000100201600123 se celebraron las audiencias preliminares durante los días 2 y 4 de mayo, resalta su inconformidad desde la audiencia de legalización de captura, pues considera que fue una retención irregular de su representado desde las 11:50 pm aproximadamente del 30 de abril, hasta las 4:30 am del día 1 de mayo, toda vez que no le dieron a conocer sus derechos de manera inmediata tal como lo indica el artículo 303 del C.P.P., y el 28 de la carta magna.

Así mismo, una vez leídos los derechos lo hacen de manera errónea, discute que la orden de captura no fue emitida por un funcionario competente, pues fue proferida en la ciudad de Bogotá, y el delito no se cometió en esta ciudad.

Los anteriores argumentos fueron desestimados por el juez de instancia, y en su lugar legalizó el procedimiento de captura, sobre la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, confirmándose la determinación en segunda instancia.

Denota su inconformidad en el entendido de que se desconocieron los elementos materiales probatorios allegados a la actuación, en punto de la actuación del primer respondiente FPJ-4 del 30/04/2021 suscrito por el oficial de Migración Colombia John Fredy López donde se extracta que a las 00:48 del 01/05/2021 el funcionario de migración entregó a su representado a la señora Ingrid Karina Nieves de la Policía Nacional sin que los mismos hubiese procedido conforme al artículo 303 del Código de Procedimiento Penal, que en esta última institución se tardaron hasta las 4:30 am para realizarlo, que como apoderado exigió el fundamento de la retención o su liberación inmediata.

El informe del primer respondiente el cual relata textualmente lo siguiente:

“En el filtro de inmigración número 3 de la Unidad Administrativa Especial – Migración Colombia del aeropuerto internacional José María Córdova de

Rionegro Antioquia. Atendido por el oficial de Migración John Fredy López Cadavid, se presentó el ciudadano colombiano Ruiz García Mateo Eliécer, quien se identificó con pasaporte colombiano número AS437553 y número de cédula 1.152.453.124, fecha de nacimiento 07 de marzo de 1995; sexo masculino, lugar de nacimiento Medellín-Antioquia, quien ingresa al país, en el vuelo 798 de Aeroméxico, desde el país de China, realizando escala por el país de Medellín. Ocupación: mecánico. Al momento de registrar el movimiento migratorio, el sistema genera alerta y al ser verificada presenta Notificación de Interpol. Apellidos: Ruiz García. Nombres: Mateo Eliécer. Fecha de nacimiento: 07/03/1995. Número de identificación 1.152.453.124. Tipo de Notificación: Azul. Número de Control: B-3335/12/2019. Fecha de Publicación: 23 de diciembre de 2019. País solicitante: Colombia. Datos complementarios: Orden de Captura número 1962019, de fecha 18/11/2019, estado de la orden: vigente desde el 17/11/2020. Prórroga 1: Mediante oficio S2020159420 DIJIN. Autoridad que lo solicita: Juzgado 32 Penal Municipal con Funciones de Garantías de la ciudad de Bogotá. Proceso Penal por los delitos: Trata de Personas y Concierto para Delinquir. Radicado N° 110016000100201600123 (Vigente)''.

La audiencia de formulación de imputación se celebró el día 2 de mayo de 2021 se le endilgaron los delitos de concierto para delinquir simple y trata de personas.

Por su parte la fiscalía solicito la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad basada en el peligro para la comunidad o la víctima y el riesgo de no comparecencia por que el procesado provenía de China y carecía de arraigo en Colombia. Esto último lo difiere pues el señor ingresó por un aeropuerto y no por una frontera ilegal considerando que el procesado al contratar sus servicios y hacerle frente a la justicia desdibuja el hecho de evadir la justicia. Además, que no se demostró la urgencia de imponer la medida de aseguramiento.

A su defendido le imponen medida de aseguramiento intramural y frente a ella interpone recurso de apelación y el 16 de junio de 2021 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro confirmó la determinación.

Indica que el procesado para su arraigo brindó la siguiente dirección al inicio de las audiencias preliminares, barrio Santa Cruz de la Rosa Calle 101 50 C 24 interior 201, teléfonos 2368391 - 3132436671, en Medellín Colombia. Esta información fue corroborada por la madre del procesado.

Que han transcurrido más de 5 años después de ocurridos los hechos y la banda ha sido desarticulada la información es del año 2016 no es actual por lo que no hay medidas urgentes que tomar. Asegurando, además, que su representado contrató sus servicios para presentarse voluntariamente ante la autoridad correspondiente.

Relata que conoce de la improcedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, aun así, considera que se cumplen con las causales generales para su procedencia, configurándose un defecto fáctico o probatorio.

Como pretensión constitucional insta por la protección de los derechos fundamentales de su defendido al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la libertad y a la libre locomoción, en el entendido de dejar sin efecto las determinaciones de los días 1 y 2 de mayo proferidas por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral y del día 16 de junio proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro. Respecto a la legalización de captura y la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y cualquier otra actuación posterior a ellas.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la demanda el pasado 4 de noviembre de la presente anualidad, se ordenó notificar al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) y al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral, en el mismo acto se ordenó la vinculación de la Fiscalía Seccional de Rionegro (Antioquia), Estación de Policía del Aeropuerto José María Córdova de Rionegro, Unidad Administrativa Especial - Migración Colombia del Aeropuerto José María Córdova, al Juzgado 32 Penal Municipal de Bogotá, y a la SIJIN MEVAL. Posteriormente se ordenó la integración del Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro y de la Fiscalía 16 Especializada contra Organizaciones Criminales de Bogotá.

La Dra. Luz Marina Cataño Juez 32 Penal Municipal de Bogotá, por medio de oficio 2021-617 del 5 de noviembre de 2021, manifestó que el accionante no expone que ese despacho hubiese vulnerado derechos fundamentales, su actuación solo se fundó en la expedición de la orden de captura el 18 de noviembre de 2019, lo que pretende el accionante va en contra de las determinaciones de primera y segunda instancia respecto de las audiencias preliminares. Por ende, solicita se niegue la acción de tutela respeto a ese despacho ya que no existió amenaza o vulneración de derechos fundamentales. Adjunta a la respuesta copia del acta de audiencia N 118 de solicitud de orden de captura del 18 de noviembre de 2019 solicitada por la Dra. Diana Consuelo Hoyos Gómez Fiscal 16 Especializada de Bogotá, así mismo copia de 4 órdenes de captura una de ellas la número 196-2019 en contra del señor Mateo Eliecer Ruíz.

El Dr. Rodrigo Antonio Bustamante Mora Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), por medio de oficio 606 del 5 de noviembre de 2021, se refirió a los hechos esgrimidos por el accionante en el siguiente sentido:

Que el 1 de mayo del año en curso el señor Mateo Eliecer Ruíz fue puesto a disposición de la fiscalía por la patrulla de vigilancia del aeropuerto

internacional José María Córdova, que durante los días 1, 2 y 4 de mayo ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario, frente a las cuales el defensor interpuso recurso de apelación, en contra de la legalización de captura y la imposición de medida de aseguramiento.

Señala que ese despacho el 16 de junio desató el recurso de apelación, que en la resolución del recurso de apelación abordó todos los reparos de la defensa y concluyó que la captura y la imposición de la medida de aseguramiento estaban ajustadas a derecho aclarando que la detención preventiva no podía ser sustentada en la protección de la comunidad y la víctima dado que *“dicho fin sería contrario al estándar interamericano de protección de la libertad personal en el marco del proceso penal”*. Quedando la medida soportada en el riesgo procesal, en la comparecencia del procesado a la causa penal.

Realiza un recuento en cuanto a la improcedencia de la tutela en contra de providencias judiciales, que, aunque puede demostrar su inconformidad frente a tales determinaciones no puede usar la acción de tutela como un mecanismo que habilite un recurso extraordinario y reabrir un debate ya culminado.

Indica que el 11 de junio de 2021 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, desató el habeas corpus interpuesto con los mismo argumentos que hoy expone en la presente acción de tutela despacho que resolvió declarar la improcedencia de la acción por no advertir vulneración de garantías fundamentales en la aprehensión del señor Ruíz García.

Finalmente manifiesta que no observa *“error o defecto orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente o violación directa de la*

Constitución” que haga viable la acción de tutela por lo que solicita se deniegue por improcedente el amparo invocado.

Adjunta a la respuesta la carpeta donde reposa el acta de audiencia y el audio de la audiencia de lectura de auto realizada el 16 de junio de 2021 y la providencia que resolvió el *habeas corpus*.

La Dra. Guadalupe Arbeláez Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Migración Colombia, relata que por medio del decreto 4062 de 2011 se creo la unidad administrativa cuyas funciones es la de vigilancia y control migratorio, que las pretensiones del accionante se tratan de instancia judicial de la cual no tiene ninguna competencia según sus funciones.

Así las cosas, procedió a buscar información con la Regional Antioquia, de los movimientos migratorios del señor Mateo Ruíz en el cual le informan que el accionante reportó dos movimiento migratorios, el 20 de julio del año 2016 emigro por el aeropuerto El Dorado y el 30 de abril de 2021 ingresó al país por el aeropuerto José María Córdoba, no encontró ningún trámite ante esa entidad y al momento no reporta salida del país.

Finalmente manifiesta que esa entidad no ha vulnerado derechos fundamentales del señor Mateo Eliecer por tanto solicita se decrete la falta de legitimación en la causa y se ordene su desvinculación del presente trámite.

El Jefe de Asuntos Jurídicos del Departamento de Policía Antioquia, en pronunciamiento del día 8 de noviembre de 2021, manifestó actuar en nombre del Comandante de Policía de Antioquia, en el sentido de indicar que la Policía Nacional está en el deber de dar cumplimiento a las ordenes emitidas por las diferentes autoridades según sus competencias, y que en el caso concreto por medio de oficio GS-2021-254720- DEANT del 05/11/2021 en consulta con la Estación de Policía Aeropuerto donde confirman lo sucedido por el señor Subintendente Wailer Córdoba Palacios y la señora Patrullera Ingrid Karina Nieves Chía, que relata textualmente lo siguiente:

“Siendo aproximadamente las 00:30 horas del día 01/05/2021, vía telefónica y radio de comunicación de la Policía Nacional el señor Subintendente Wailer Córdoba jefe de turno, se comunica con la señorita Patrullera Ingrid Karina Nieves Chía para que haga presencia en las instalaciones de Migración Colombia del Aeropuerto JMC con el fin verificar un caso que estas unidades reportaban; al llegar al sitio toman contacto con el señor JOHN FREDY LOPEZ CADAVID identificado con cedula de ciudadanía No. 1.037.539.334 funcionario de Migración Colombia, servidor que realiza primer respondiente.

El señor John López funcionario de Migración Colombia, hace entrega del pasaporte del señor Mateo Eliecer Ruiz García identificado con cedula de ciudadanía No. 152.453.129; con el objeto de que se le solicite antecedentes en el dispositivo PDA de la Policía nacional, este les arroja un resultado negativo, razón por la cual le informa al señor John López que en la base de datos de la Policía Nacional no le figuraban antecedentes positivos, por lo que la unidad de migración persiste en que le figura una circular azul de INTERPOL. Con el fin de solicitar ampliación de datos, las unidades policiales y el señor Mateo Eliecer Ruiz García, se desplazan hasta la oficina de la Estación de Policía Aeroportuaria.

Siendo aproximadamente las 03:30 horas, solicitan vía correo electrónico meval.sijinant@ policia.gov.co la ampliación de datos, obteniendo como respuesta por ese mismo medio aproximadamente las 04:15 horas; que el señor Mateo Eliecer Ruiz García identificado con cedula de ciudadanía No. 1.152.453.129, tiene antecedente positivo por Interpol; es de anotar que hasta el momento no le habían leído los derechos del capturado teniendo en cuenta que se debía esperar que llegaría la respuesta de la solicitud realizada.

Al Señor Subintendente Wailer Córdoba, le envían a su móvil la orden de captura con su respectiva prórroga del señor Mateo Eliecer Ruiz García identificado con cedula de ciudadanía No. 1.152.453.129, donde es solicitado por los delitos de trata de personas y concierto para delinquir. Notificación de INTERPOL circular azul con Orden de Captura No. 196-2019 de fecha 18 de noviembre de 2019 proceso 110016000100201600123, teniendo esa información de manera inmediata proceden a leerle los derechos del capturado siendo aproximadamente las 04:28 horas, como lo indica el Acta de derechos del capturado.

Posterior trasladan al señor Mateo Eliecer Ruiz García en la camioneta uniformada a las instalaciones policiales de la Estación de Policía Aeroportuaria JMC, que está ubicada en la parte interna del Aeropuerto, con el fin de conducirlo a la sala de reflexión, es de anotar que el señor Mateo Eliecer Ruiz García en ningún momento se le vulneraron sus derechos, deja como constancia las unidades del procedimiento que no plasma su firma ni huella en el acta de derechos del capturado, ya que su abogado el señor Camilo Villegas Araque identificado con cedula de ciudadanía No. 1.094.910.616 expedida en Armenia le recomienda que no firme dicho documento”.

Asegura que el procedimiento se ajustó a lo señalado en el artículo 157 de la ley 1801 del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, el cual establece que el procedimiento se realizará de manera inmediata y en ningún caso el tiempo de traslado o permanecía en el sitio podrá exceder de 6 horas, permitiéndole realizar una llamada a un familiar o allegado donde se le informe del traslado.

Indica que la autoridad de policía que ordena debe informar a la persona trasladada y al superior jerárquico de la unidad policial elaborar un informe escrito donde conste la identificación de la persona trasladada, quien da la orden, quien la ejecuta, el motivo, el sitio a donde se traslada, la justificación del tiempo empleado para el traslado, y los datos de la persona por quien estará asistido.

Por lo anterior es visible que el procedimiento de traslado no sobrepaso las 6 horas, el traslado de migración hasta la Estación de Policía Aeropuerto teniendo en cuenta que los funcionarios policiales no contaban con los medios electrónicos diferentes para solicitar la verificación de antecedentes en la Seccional de Investigación Criminal MEVAL, pues el resultado del dispositivo de identificación biométrica no arrojó ningún resultado porque era una notificación de Interpol circular azul con orden de captura, procedimiento de captura que fue avalado por la autoridad competente sin vulneración de derechos fundamentales.

Que las actividades de la policía están destinadas a la prevención del delito, funciones de policía judicial o investigación criminal y la conservación del orden público interno.

En línea de tiempo la policía da conocer al señor Mateo Ruíz que no le figuraba orden de captura en su dispositivo PDA, por tal sentido, los uniformados se desplazaron a la Estación de Policía de ese lugar para verificación y ampliación de datos con la SIJIN MEVAL. Hasta que les fue informado de la notificación de Interpol circular azul con orden de captura, una vez enterados se le da a conocer y se le explicaron los derechos establecidos en el artículo 303 del Código de Procedimiento Penal. Asegura que no se vislumbra vulneración de derechos fundamentales toda vez que la patrulla de la Policía Nacional realizó todo el ritual de rigor para este tipo de procedimientos, asegura que el abogado defensor asesoró al señor Mateo Ruíz para que no firmara el acta de los derechos del capturado, pues en su sentir para poner en tela de juicio la captura de su defendido.

Luego manifestó la improcedencia de la acción de tutela y finalmente solicita se desvincule a la Policía Nacional – Estación de Policía Aeropuerto – Antioquia, ante la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales al señor Mateo Ruíz atribuible algún funcionario de esa institución.

El Dr. Rubén de J. Castrillón Álzate Fiscal 089 Seccional de Rionegro, por medio de oficio No. DSA-20600- 01-02-018- Nro.00900C del día 8 de noviembre de 2021, relató que como única actuación en el proceso de la referencia fue la verificación de los derechos del señor Mateo Ruíz por petición de quienes efectuaron la captura basado en la orden expedida por un Juzgado Especializado de Bogotá, y por encontrarse ese despacho en turno de disponibilidad. Relata que las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento fueron realizadas por la Fiscalía 16 Especializada de Bogotá.

Como actuación de la Fiscalía 089 Seccional se estableció que el señor Mateo Ruíz fue enterado del motivo de su captura el derecho a guardar silencio, verificándose el buen trato recibido, y comunicándole a la madre del mismo sobre su aprehensión, sin presentarse vulneración de derechos.

Asevera que no se habían superado los términos establecidos en el artículo 302 del C.P.P., y fue capturado a las 4:28 am, del 1 de mayo de 2021 y la verificación de derechos se realizó a las 8:57 horas del mismo día, que no tiene nada que ver con las actuaciones posteriores por ende no emitirá pronunciamiento alguno.

El Dr. Diego Luis Hernández Trujillo Juez Primero Penal del Circuito de Rionegro, por medio de oficio N° 1097 del 11 de noviembre de 2021, señala que no ha tenido injerencia o participación dentro del procedimiento seguido en contra del señor Mateo Eliecer Ruíz, tampoco encuentra señalamientos que lo vincule con dicha actuación.

La Fiscal 16 de la Dirección Especializada en contra de Organizaciones Criminales, por medio de oficio del 11 de noviembre de 2021, relata que celebró audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario el 1 al 4 de mayo de 2021 en decisión del Juzgado Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral ante la solicitud elevada y sustentada por esa fiscalía, decisión que fue apelada por la defensa, para lo cual el 16 de junio el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro confirmó la decisión.

El día 11 de junio del presente año el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, declaró la improcedencia de la acción de *habeas corpus* impetrada en favor del señor Mateo Ruíz.

Cuestiona el actuar del abogado, pues en su sentir incurre en abuso a su poder judicial pues en todas las solicitudes fundamenta su pretensión con los mismos

argumentos; no haberse leído de inmediato los derechos del capturado a su representado, que la autoridad que expidió la orden de captura no era competente, haberse solicitado la medida de aseguramiento más gravosa sin sustentarse en debida forma.

Según el criterio de ese fiscal y según el material probatorio recopilado se puede inferir de manera razonable que el ciudadano Mateo Ruíz esta legalmente vinculado al proceso penal, no se encuentra ilegalmente privado de la libertad. Que lo que persigue el defensor es una tercera instancia que resuelva en su favor las solicitudes por el impetradas.

Cuestiona lo manifestado por el abogado defensor por tanto el señor Mateo Ruíz se presentó de manera voluntaria al proceso penal, toda vez que son consideraciones contrarias a la verdad, pues fue detenido el 20 de abril de 2017 privado de la libertad en el centro de detención Yexiu Yinge (Guangzhou) adelantando juicio donde fue condenado por el delito de atraco a 4 años de prisión y ser expulsado del país, lo que quiere decir que su presentación no fue voluntaria si no obligado por las autoridades Chinas quienes al deportar a un infractor lo devuelven a su país de origen. Finalmente solicita se niegue por improcedente la presente acción de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

2. Solicitud de amparo

El abogado Camilo Villegas Araque solicita se ampare en favor de su representado Mateo Eliecer Ruíz el amparo Constitucional de los derechos constitucionales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, derecho a la libertad, presuntamente vulnerados por parte del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral y el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia).

3. De la naturaleza de la acción

La acción de tutela se ha establecido como el mecanismo por excelencia ágil y eficaz de defensa de los derechos constitucionales fundamentales, frente a las amenazas o agresiones de las que sean objeto por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Como regla general se tiene establecida la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, por cuanto las sentencias constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos

fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley, por el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos, la garantía del principio de seguridad jurídica y, además, por la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático¹.

En torno a la procedibilidad de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia STP2897-2019, Radicación Nro. 103412 del pasado 07 de marzo del 2019, señaló:

“La doctrina constitucional ha sido clara y reiterativa en señalar que cuando se trata de providencias judiciales el amparo constitucional solamente resulta procedente de manera excepcional, pues, como regla general la inconformidad de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales ha de ser planteada y debatida en forma oportuna, a través de los medios de impugnación instituidos en los códigos de procedimiento para tal fin.”

“En ese orden, la presente acción constitucional, está sometida a las condiciones de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales, a saber:”

“De orden general, en virtud de las cuales es necesario: (i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) que el actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (v) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela.”

“De carácter especial, que supeditan la concesión del amparo a que aparezca probada la ocurrencia de alguno de los siguientes vicios o defectos: orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente o violación directa de la Constitución (CC C-590/05 y T-488/14, entre otras.”

Del caso concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las

¹ Sentencia C-590 de 2.005. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Ahora bien, se extracta de la petición constitucional que eleva el señor Mateo Eliecer Ruíz por medio de representante judicial, protesta ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral y el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), con el fin de que se deje sin efecto las decisiones proferidas durante los días 1, 2 de mayo y 16 de junio del año en curso, respecto de la legalización de captura y la imposición de la medida de aseguramiento en centro carcelario.

Así las cosas, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional en contra de providencias judiciales.

El artículo 86 de la carta magna, consagra que la acción de tutela fue creada para que toda persona puede reclamar ante los jueces de la República en todo momento y lugar, bajo un procedimiento preferente y sumario la protección de los derechos fundamentales que consideren vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, no obstante para la procedencia de la acción de tutela en contra de providencia judiciales se debe de cumplir con los siguientes requisitos: *“(i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv)*

que el actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (v) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela.”

En cuanto al carácter subsidiario de la acción de tutela, al efecto y conforme al requisito de la *subsidiariedad*, el cual se establece cuando el accionante para la protección de sus derechos fundamentales no dispone de otro medio de defensa judicial, a no ser, que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; pues al existir otros medios judiciales idóneos y eficaces para la protección de esos derechos, este requisito se desvanece. Consecuente con lo anterior, un medio judicial es idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales.

Recuérdese que esta acción es de carácter residual y subsidiaria y solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa, a menos que se invoque de manera transitoria para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, quebranto que debe ser aducido por quien acciona.

En ese sentido se vislumbra que el afectado, en cuanto a la medida de aseguramiento privativa de la libertad, este puede acudir en cualquier momento ante el juez de control de garantías con el fin de solicitar una menos restrictiva.

Ahora, frente a los requisitos específicos la Corte Constitucional en sentencia T-016/19, señaló lo siguiente:

“Como se dijo anteriormente, los requisitos específicos que habilitan la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales aluden a la configuración de defectos que, por su gravedad, tornan insostenible el fallo cuestionado al ser incompatible con los preceptos constitucionales. Estos defectos son los siguientes^[18]:

3.4.1. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

3.4.2. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

3.4.3. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

3.4.4. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

3.4.5. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

3.4.6. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. Así, este defecto se configura ante la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido.

3.4.7. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

3.4.8. Violación directa de la Constitución, que se presenta cuando el operador judicial desconoce un postulado de la Carta Política de 1991, es decir, el valor normativo de los preceptos constitucionales.

En este caso, demanda el abogado defensor que se configuró un defecto fáctico, por tanto, en la captura de su representado se presentó una retención irregular desde las 11:50 pm del 30 de abril de 2021 hasta las 4:30 am del 1 de mayo de los corrientes, lapso en el cual no se le dieron a conocer sus derechos como capturado de manera inmediata tal como lo señala el artículo 303 del C.P.P.

El defecto fáctico se configura cuando se omite el decreto y la práctica de pruebas necesarias en el proceso, cuando se hace una valoración defectuosa, o cuando no se valora en su integridad el acervo probatorio.

Una vez auscultado el material probatorio, se tiene que revisados todos los elementos materiales probatorios allegados al plenario, en especial una vez escuchados los audios de la audiencia de segunda instancia en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro donde se desato la apelación en contra de la captura y de la imposición de la medida de aseguramiento, en tanto discutió la defensa la incompetencia del funcionario que emitió la orden de captura, y la segunda la falta de comunicación al proceso de los hechos que dieron lugar a su aprehensión.

En cuanto a la competencia del funcionario que la función de control de garantías puede efectuarse por cualquier juez penal municipal, que preferentemente deberá hacerlo el juez del lugar de los hechos, la intervención de cualquier juez de control de garantías no anula el trámite. Es decir, en principio debe ser preferiblemente el juez de control de garantías del lugar de los hechos, pero esto no impide que la fiscalía acuda a un juez de control de garantías diferente.

Refiere además el juzgado demandado que respecto a la comunicación de los hechos por los cuales se encuentra detenido, no basta solo con advertir que durante el procedimiento de captura se omitió algún requisito legal, debe de establecerse como esa omisión afectó un derecho fundamental. Pues el hecho que hubiesen transcurrido varias horas para informar al señor Mateo Ruíz de los detalles de la orden de captura, hubiese afectado una garantía procesal al señalado, pues el procesado y su abogado conocían de los hechos que habían motivado la aprehensión, aun así, se le dieron a conocer los derechos cuando se constatan los datos, una vez se realizó formalmente la aprehensión.

Asegura que cuando ingresó al país se detecta en los registros de Migración Colombia la existencia de una circular azul de Interpol en su contra, eso activa la retención del ciudadano de forma temporal hasta que hace presencia la Policía Nacional y es ahí que se formaliza la captura y se le informa los hechos de la aprehensión.

Que relativo a la medida de aseguramiento la inferencia de autoría y participación de los hechos indilgados, se aportaron las entrevistas de las víctimas, en base de datos sobre la permanencia del procesado en China, y movimiento financieros.

En consecuencia, la audiencia de legalización de la captura e imposición de la medida de aseguramiento, se vislumbra que se respetaron las garantías constitucionales del hoy actor, por cuanto se encontraba en presencia de su abogado defensor, además tuvo la oportunidad de interponer los recursos de ley, por lo que se confirmó la decisión que hoy pretende reactivar por medio de acción de tutela. No se vislumbra retención irregular por tanto se estaba verificando la existencia de una notificación interpol.

El abogado presentó derecho de apelación en contra de la audiencia de legalización de captura y de imposición de medida de aseguramiento, en las cuales el Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro manifestó que todos los señalamientos que hoy eleva en la presente acción constitucional fueron

respondidos y estudiados en su momento, concluyendo que la captura y la medida de aseguramiento impuesta se adoptaron conforme a derecho. Aclarando que la detención preventiva no puede basarse en la protección de la comunidad y la víctima, pues dicho fin sería contrario al estándar interamericano de protección de la libertad personal en el marco del proceso penal, por ende, quedo soportada en la comparecencia del procedo al proceso penal.

Además, se tiene conocimiento que ventiló los mismos hechos a través de la acción de *habeas corpus* ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Despacho que el 11 de junio determinó la improcedencia del amparo.

Por su parte el Comando de Policía de Antioquia, en punto de los hechos esgrimidos manifestó que buscaron en el dispositivo PDA de la Policía Nacional sin arrojar resultados, aun así, la unidad de migración persistía en la circular azul de la Interpol, así las cosas, con el fin de ampliar datos se dirigen a la oficina de la Estación de Policía Aeropuerto. Que aproximadamente a las 4:15 am obtienen respuesta de la MEVAL -SIJIN, en el cual le informan que efectivamente tiene antecedentes por Interpol, así pues, a las 4:28 am se le leyeron los derechos como persona capturada.

En consecuencia, al analizar los elementos materiales probatorios aportados al plenario, no se avizora que se presentaron vicios que ameriten la nulidad de lo actuado, pues en la captura y en la imposición de la medida de aseguramiento, se realizaron acatando los lineamientos y debido proceso del accionante, es por eso que esta Sala encuentra acertada las determinaciones y sin vicios que nuliten lo actuado. Además, las razones que eleva el abogado demandante no son de recibo por tanto el procedimiento de captura estuvo ajustado a la ley pues si bien no le comunicaron el motivo de la aprehensión de manera inmediata, dado que por ser una circular azul de la interpol ameritaba realizar las verificaciones del caso.

Es decir, no aprecia la Sala que en los argumentos que expone el actor en su escrito de tutela se configure algún defecto que amerite nulidad, que haga evidente la vulneración de derechos fundamentales y que en esa medida sea necesaria la intervención del Juez de tutela para conjurar tal situación y ahora como si la acción de tutela fuera una tercera instancia, pretende el quejoso que se revise tal pronunciamiento, situación que de manera alguna está contemplada como motivo que válidamente admita una acción de tutela contra providencias judiciales.

Por último debe advertirse que en la actualidad el proceso que se sigue en contra del señor MATEO ELIECER RUIZ y por el cual se le impuso la medida de aseguramiento que ahora discute se encuentra en trámite y al parecer como se desprende de la respuesta de la Fiscalía pendiente de radicar escrito de acusación, por lo que la actuación que dio lugar a su privación de la libertad esta aun en trámite lo que torna improcedente igualmente el amparo de tutela deprecado, como lo ha precisado igualmente la jurisprudencia al indicar:

“Ha sido criterio definido y reiterado de la Sala que no es procedente acudir a la solicitud de protección constitucional para intervenir dentro de procesos en curso, no sólo porque ello desconoce la independencia de que están revestidas las autoridades judiciales para tramitar y resolver los asuntos de su competencia, sino porque tal proceder desnaturaliza la filosofía que inspiró la acción de amparo como mecanismo residual de defensa de los derechos fundamentales”²

Así las cosas, resulta, no le queda más a esta Sala que negar las pretensiones invocadas.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

² STP12132-2020 CSJ. SP

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, sede Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales invocados por el abogado Camilo Villegas Araque en representación de Mateo Eliecer Ruiz, en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) y el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará por parte la secretaría de esta Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
a86585f1b20bed8c316d90feb524725ee537b71bfaa5082cb2c9c43d961d6903

Documento generado en 18/11/2021 06:37:46 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 050002204000202100632 **NI:** 2021-1715-6
Accionante: José Omar Machado Palacios en representación de Ernesto Petro López
Accionado: Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo
Decisión: Niega
Aprobado Acta No.: 189 de noviembre 19 del 2021
Sala No.: 6

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, noviembre diecinueve del año dos mil veintiuno

VISTOS

El Doctor José Omar Machado Palacios, quien actúa en representación de Ernesto Petro López, solicita la protección constitucional al derecho fundamental al debido proceso y de defensa, presuntamente vulnerados por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo.

LA DEMANDA

Manifiesta el apoderado judicial del señor Ernesto Petro López, que la Fiscalía General de la nación formuló acusación en contra de su prohijado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, delito por el que fuera condenado el pasado 12 de julio de 2012 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo – Antioquia, a la pena de 12 años de prisión.

Se duele el accionante de la vulneración al derecho de defensa y debido proceso del señor Petro López, pues considera que careció de defensa técnica

pese a contar con la representación dentro del proceso de un abogado adscrito al sistema de defensoría pública.

Señala que la labor defensiva realizada por el profesional del derecho fue pobre, por cuanto a lo sumo solicitó la práctica de algunos medios de prueba, de otros desistió pese haberlos solicitado y considerar ser de suma importancia para la teoría del caso de la defensa. Así mismo refiere el accionante que como muestra de la falta de defensa técnica que tuvo su prohijado la sentencia condenatoria que se profirió en su contra no fue apelada, quedando esta ejecutoriada

.

Considera que la vulneración de los derechos fundamentales del señor Ernesto Petro López se dan desde el punto de vista probatorio por cuanto el defensor de la época pese a solicitar algunas pruebas posteriormente desistió de las mismas sin justificación alguna y por cuanto la forma en las que realizó las solicitudes probatorias no fue de manera adecuada.

Así mismo, indica que se observa la vulneración desde el punto procesal, pues en el curso del juicio oral la fiscalía desistió de la práctica de algunos testimonios que era relevantes para la teoría del caso de la defensa, y pese a ello el defensor del señor Petro López no realizó manifestación alguna para impedir que dicho desistimiento se efectuara.

Por último, indica que la defensa no abordó de manera técnica los testigos de la fiscalía y limitándose según afirma a realizar reproches de índole personal en contra de la fiscalía, por lo que esa actitud pasiva terminó vulnerando de manera grave los derechos fundamentales de su prohijado y con la emisión de una sentencia condenatoria en su contra.

Por lo anterior solicita se tutelen los derechos fundamentales de defensa y debido proceso del señor Ernesto Petro López y en consecuencia se decrete la nulidad de todo lo actuado al interior del proceso que se adelantó por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años desde la audiencia preparatoria en adelante, así mismo solicita que en aras de proteger la imparcialidad se asigne el conocimiento del proceso a otro Juzgado Penal del Circuito de Turbo.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del día 2 de noviembre de la presente anualidad, inadmitió la solicitud de amparo, por cuanto carecía de requisitos formales, siendo estos subsanados el 5 de noviembre de 2021, fecha en la cual se admitió la acción de tutela, y se ordenó notificar al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, al mismo tiempo que ordenó la vinculación del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Pedregal, a la Fiscalía 73 Seccional de Turbo, al Doctor Álvaro Jaramillo Correa, defensor público, al Doctor Mauricio García Giraldo, Procurador Judicial y al Doctor Francisco Danoy Moreno Mosquera, apoderado judicial de victimas dentro del proceso que se adelantó en contra del señor PETRO LOPEZ.

Así las cosas, la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, indicó que una vez verificado el proceso que se adelantó en contra del señor Ernesto Petro López, por el cual resultare condenado a la pena de 12 años de prisión al haber sido hallado penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, no se encontró vulneración a derecho fundamental alguno, por cuanto el proceso se ejecutó cumpliendo las etapas procesales preestablecidas, resalta que el accionante fue vencido en juicio, así como que se le respetó el derecho de igualdad de armas, por lo que tuvo la posibilidad al igual que la fiscalía de efectuar solicitudes probatorias, así como la posibilidad de contra interrogar los testigos de la fiscalía por lo que no encuentra procedente la acción de tutela que impetra.

Finalmente indica que desde que se profirió la sentencia en desfavor del procesado han transcurrido aproximadamente 9 años, por lo que no encuentra sustento al amparo deprecado pues no se explica cómo no se acudió a la acción de tutela antes, incumpliendo se con el requisito de inmediatez.

Por lo anterior solicita se declare improcedente el amparo deprecado.

Por su parte el Director del Complejo Carcelario y Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad El Pedregal, refirió que dicho establecimiento no se encuentra violentando ninguna garantía fundamental del señor Petro López, puesto que verificada la base de datos del INPEC se pudo constatar que esta persona no se encuentra recluida en ese establecimiento carcelario, sino que desde el 21 de abril del presente año fue trasladado al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Apartado. Por lo anterior solicita sean desvinculados de la presente acción constitucional.

Seguidamente el doctor Álvaro Jaramillo Correa, quien para la época del juicio oral que se adelantó en contra del señor Petro López, fungía como apoderado de este refirió respecto a lo dicho frente a la falta de defensa técnica y el profesionalismo con el cual se abordó el caso del accionante, que su título de abogado lo recibió de la Universidad de Medellín en el año 2002, así mismo que es Especialista en derecho penal de esa misma Universidad, título que recibió en el año 2006, de igual forma indica, que se encuentra vinculado a la Defensoría Pública desde el año 2007, hasta la fecha, y que actualmente hace parte del programa de derecho penal general del circuito judicial de Turbo en la Defensoría Pública y finalmente cuenta con 19 años en el litigio, por lo que no encuentra asidero a los reproches presentados por el actual apoderado judicial del señor ERNESTO PETRO LÓPEZ, en lo atinente a su capacidad profesional.

Refiere que la permanencia del accionante en libertad durante el decurso del proceso penal fue por la adecuada labor defensiva que realizó durante la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, y que pese a

encontrarse en libertad pudiendo aportar muchos más elementos a la defensa para su beneficio, se limitó a indicar que la prueba de descargo serían los testimonios de FILIBERT CHARRASQUIEL, y FREIDEL DORADO, de los cuales su valor probatorio no se pudo determinar con una entrevista forense previa, por cuanto no estuvieron dispuestos para la misma.

Señala que no encuentra razón a lo dicho por el accionante en los numerales sexto y séptimo, por cuanto allí se afirma que la Fiscalía desistió en ejercicio de sus facultades de unos testigos, y que la defensa no realizó reparo alguno, para lo cual indica que no tenía la facultad para oponerse a dicho desistimiento, pues tal y como lo afirma el tutelante era prueba de la Fiscalía y se encontraba en el derecho legítimo de hacerlo y que es falso que el señor PETRO LÓPEZ, le manifestó que estos testimonios eran trascendentales, pues de haberlo hecho, los hubiera solicitado como prueba común.

Afirma que el desistimiento de su parte de la prueba testimonial de los señores FILIBERTO CHARRASQUIEL y FREIDEL DORADO, no fue de ninguna manera un acto antitécnico, por el contrario, ni contrario a la voluntad del señor ERNESTO PETRO LÓPEZ, pues refiere que este no asistió a la práctica probatoria, y no cumplió con llevar los testigos a la audiencia, pues los números de teléfono aportados no recibieron respuesta por parte del Juzgado para su notificación, y no se aportó direcciones exactas para su ubicación, por lo que no pudieron ser llevados a juicio no teniendo elementos para sustentar una solicitud de conducción.

Ahora bien, respecto de los demás señalamientos efectuados por el accionante, respecto a la supuesta falta de técnica con la cual abordó los testigos de cargo, refiere que ante una prueba contundente como lo es la declaración de la menor víctima, no resulta fácil cuando no se tienen elementos para controvertir la misma. Así mismo, respecto de la no interposición de recurso de apelación, indica que no lo hizo, no por desconocimiento o falta de cuidado, sino por cuanto no contaba con argumentos serios para atacar la sentencia condenatoria proferida en contra de ERNESTO PETRO LÓPEZ, pues la prueba de descargo no pudo practicarse, y

ello no fue por negligencia suya, pues fue el propio procesado quien se comprometió a hacer comparecer los dos testigos que fueron decretados, y tal y como se observa en las constancias emitidas por el Juzgado fallador, el 3 de mayo de 2012, se le entregó las citaciones a juicio de los señores FILIBERT CHARRASQUIEL y FREIDEL DORADO, y el 22 de mayo de ese mismo año, el acusado regresa al Juzgado e indica que desconoce el paradero de FILIBERT, y FREIDEL le indico que no tenía deseo de asistir al Juicio, y que estas situaciones no fueron expuestas por el accionante en la tutela.

Por lo anterior solicita se deniegue el amparo deprecado, por cuanto no se demostró la vulneración al derecho de defensa ni al debido proceso.

Adjunta constancia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, en la cual se observa que el señor ERNESTO PETRO LÓPEZ, retiró las citaciones de los testigos el 3 de mayo de 2012, y la constancia secretarial del 22 de mayo de 2012, en la que se informa que el señor PETRO LÓPEZ, asistió al despacho e informó que no conocía el paradero de FILIBERT y que FREIDEL DORADO, no comparecería al Juicio.

De otra parte, el Doctor MAURICIO GARCIA GIRALDO, quien para la época de los hechos fungía como apoderado judicial de la víctima, respecto a la vinculación a la presente acción constitucional indicó que, desde el 1 de octubre de 2012, no desempeña el cargo de Procurador 342 Judicial I Penal, que en la actualidad se desempeña como Jefe de Control Interno de Metro parqués, por lo que no le es posible pronunciarse respecto a la acción de tutela.

El Doctor PEDRO FRANCISCO DUARTE RINCON, Fiscal 073 de Turbo, indica que no se pronunciara de fondo respecto a la acción de tutela de la referencia por cuanto para la época en la que curso el proceso penal adelantado en contra del señor ERNESTO PETRO LOPEZ, no laboraba en la Fiscalía que tenía a cargo la investigación, por lo que no tiene conocimiento del acontecer factico. Sin embargo, refiere que verificada la actuación observa que el proceso se realizó

en debida forma, sin dilaciones y el procesado contó con el acompañamiento de un defensor, no siendo procedente la acción de tutela ante la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el apoderado judicial del señor ERNESTO PETRO LÓPEZ, solicitó se ampare en su favor los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, presuntamente conculcados por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo - Antioquia.

De lo que se puede extractar de la solicitud de amparo, se tiene que el tema a desatar y que es la causa de inconformidad por parte del accionante, recae en la forma en la que se abordó la defensa técnica por parte de quien fungiera como apoderado judicial del señor PETRO LÓPEZ, al interior del proceso penal que se adelantara por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, y por el cual resultara condenado a la pena de 12 años de prisión.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier

autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del derecho de defensa y debido proceso

Estas dos garantías fundamentales se encuentran reconocidas en la Constitución Política, concretamente en el artículo 29, que al respecto indica:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando respecto a estas dos garantías fundamentales que:

“entre los contenidos del debido proceso, se encuentran las garantías mínimas probatorias que deben ser resguardadas en toda actuación. Forma parte de ese mandato constitucional también el derecho fundamental a la defensa, el cual supone, así mismo, las facultades de presentación, controversia y

valoración probatoria. Por su lado, el derecho de acceso a la justicia se incorpora al núcleo esencial del debido proceso y, además, una de sus garantías consiste en que las controversias sean adoptadas con el pleno respeto de las formas propias de cada juicio. Adicionalmente, según la Corte, el debido proceso materializa el derecho de acceso a la justicia^[26]. Debe ahora la Corte profundizar en el derecho a contar con unas garantías mínimas probatorias.

15. El régimen probatorio ocupa un lugar central dentro del sistema de protecciones del debido proceso, pues solo a partir de un robusto debate fundado en medios de convicción puede establecerse la configuración de los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y la aplicación de las consecuencias jurídicas para cada hipótesis^[27]. En este sentido, las garantías mínimas probatorias que hacen parte del debido proceso constituyen un conjunto de posiciones jurídicas esenciales alrededor del papel de los elementos de prueba dentro de los procesos judiciales. Este grupo de posiciones compone a su vez lo que se ha denominado el debido proceso probatorio^[28], como salvaguarda del derecho de defensa y de las partes en general.

15.1. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte, en los procesos penales, la defensa tiene el derecho a presentar pruebas y controvertir de manera real y efectiva las que se alleguen en su contra, mandato del cual se desprende que el juez sólo puede condenar con base en elementos que hayan sido susceptibles de controversia. Así mismo, debe garantizarse el escenario y la oportunidad para la contradicción, el recaudo y la participación de la defensa en la práctica de las pruebas, así como para la valoración judicial de las mismas. Además, el funcionario encargado de dirigir el proceso debe decretar y practicar, de ser necesario, los medios de prueba pertinentes y conducentes solicitados por la defensa, que resulten fundamentales para demostrar sus pretensiones^[29].

15.2. En un sentido más general, la Sala Plena ha indicado que el debido proceso probatorio supone un conjunto de garantías en cabeza de las partes en el marco de toda actuación judicial o administrativa^[30]. De este modo, ha afirmado que estas tienen derecho (i) a presentar y solicitar pruebas; (ii) a controvertir las que se presenten en su contra; (iii) a la publicidad de las evidencias, en la medida en que de esta forma se asegura la posibilidad de contradecirlas, bien sea mediante la crítica directa a su capacidad demostrativa o con apoyo en otros elementos; (iv) a que las pruebas sean decretadas, recolectadas y practicadas con base en los estándares legales y constitucionales dispuestos para el efecto, so pena su nulidad; (v) a que el funcionario que conduce la actuación decrete y practique de oficio los elementos probatorios necesarios para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (Arts. 2 y 228 C.P.); y (vi) a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

La posibilidad de presentar, solicitar y controvertir pruebas, como se indicó, es una consecuencia directa del derecho de defensa. A las partes les asiste la potestad de presentar argumentos jurídicos y razones en procura de sus

intereses, de censurar el mérito de los elementos de convicción presentes en el expediente, pero también de respaldar su punto de vista con apoyo en evidencias propias. De otra parte, un presupuesto particular de la crítica probatoria es, de forma evidente, la publicidad de los materiales prueba, pues solo si se conoce aquello que estos tienen la posibilidad de demostrar, se garantiza la posibilidad de expresar razones sobre su mérito demostrativo. La licitud de la prueba comporta, adicionalmente, no solo el reconocimiento de las garantías procesales de las partes, sino que también representa la seguridad del respeto por sus derechos fundamentales en un sentido amplio.

El derecho a que los medios de convicción sean evaluados por el juez, proporciona una dimensión sustantiva a las pruebas, en la medida en que comporta la posibilidad de que tengan una eficacia real en la adopción de la decisión, conforme al principio de la sana crítica. En este sentido, aunque el juez no está obligado a conceder mérito probatorio a una o a otro medio de convicción, sí lo está a exponer públicamente los fundamentos de su razonamiento. De este modo, tener derecho a que las pruebas sean valoradas en su conjunto, implica correlativamente la obligación para el juez de hacer públicas las razones de su persuasión y de sus conclusiones sobre el valor que le merecen.

Por último, las partes tienen derecho a que el juez, en busca de la eficacia de los derechos, decrete las pruebas que estime conducentes y pertinentes. No está obligado a ordenar el acopio de elementos que supongan trámites desproporcionados, innecesarios o inútiles y no le es permitido decretar pruebas y después, por capricho o con el propósito de interrumpir términos legales que transcurren a favor del procesado y de su libertad, abstenerse de continuar o culminar su práctica, para proceder a tramitar etapas posteriores del juicio^[31]. Sin embargo, sí resulta imperativa la práctica oficiosa de pruebas de la cuales dependa el reconocimiento de un derecho o la imposición de una obligación. Este Tribunal ha precisado que dicha regla opera incluso en la mayor parte del proceso penal, pese a estar estructurado como un sistema de partes y sobre el principio de igualdad de armas.”¹

De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Como regla general se tiene establecida la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, por cuanto las sentencias constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley, por el valor de cosa juzgada de las sentencias a

¹ Sentencia C-163 de 2019, MP. Diana Fajardo Rivera, Corte Constitucional.

través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos, la garantía del principio de seguridad jurídica y, además, por la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático².

En torno a la procedibilidad de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia STP2897-2019, Radicación Nro. 103412 del pasado 07 de marzo del 2019, señaló:

“La doctrina constitucional ha sido clara y reiterativa en señalar que cuando se trata de providencias judiciales el amparo constitucional solamente resulta procedente de manera excepcional, pues, como regla general la inconformidad de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales ha de ser planteada y debatida en forma oportuna, a través de los medios de impugnación instituidos en los códigos de procedimiento para tal fin.”

“En ese orden, la presente acción constitucional, está sometida a las condiciones de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales, a saber:”

“De orden general, en virtud de las cuales es necesario: (i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) que el actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (v) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela.”

“De carácter especial, que supeditan la concesión del amparo a que aparezca probada la ocurrencia de alguno de los siguientes vicios o defectos: orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente o violación directa de la Constitución (CC C-590/05 y T-488/14, entre otras.”

Del caso concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las

² Sentencia C-590 de 2.005. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

Ahora bien, se extracta de la petición constitucional que eleva el señor JOSÉ OMAR MACHADO PALACIOS, en representación de ERNESTO PETRO LÓPEZ, que protesta ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, con el fin de que se declare la nulidad de todo lo actuado al interior del proceso penal que se adelantó en contra del antes mencionado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, delito por el cual resultare condenado a la pena principal de 12 años de prisión, ello con posterioridad a la audiencia preparatoria, por cuanto se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y derecho de defensa, por cuanto considera que el señor PETRO LOPEZ, no contó con una defensa técnica adecuada.

Para ello, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional en contra de providencias judiciales.

El artículo 86 de la carta magna, consagra que la acción de tutela fue creada para que toda persona puede reclamar ante los jueces de la República en todo momento y lugar, bajo un procedimiento preferente y sumario la protección de los derechos fundamentales que consideren vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, no obstante para la procedencia de la acción de tutela en contra de providencia judiciales se debe de cumplir con los siguientes requisitos: *“(i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) que el actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (v) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela.”*

En cuanto al requisito de la *inmediatez*, se tiene, que el accionante cuestiona lo actuado al interior del proceso penal que se adelantó en contra de ERNESTO PETRO LÓPEZ, y que culminó con la emisión de la sentencia condenatoria de

fecha 12 de julio de 2012, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años; solicitando entonces la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria realizada el 27 de marzo de 2012; encontrando que a la fecha han transcurrido más de 9 años desde la presunta vulneración de las garantías fundamentales del señor PETRO LÓPEZ, no encontrando justificación alguna para que solo hasta el 29 de octubre del presente año, se haya interpuesto la acción de tutela con el fin de que se amparen los derechos de defensa y debido proceso supuestamente violentados por el Juzgado fallador.

Se tiene que el accionante esperó más de 9 años para activar el presente mecanismo constitucional, lo cual no denota la urgencia e inminencia requerida por la acción de tutela, por lo que para esta Sala no resulta razonable el tiempo transcurrido desde la fecha que se estima de la vulneración a derechos fundamentales hasta la fecha que interpone la presente acción constitucional, motivo por el que no se cumple con esta formalidad constitucional.

Ahora bien, pese a indicarse que no se cumple con el requisito formal - *de la inmediatez*- exigido por la H. Corte Constitucional para la procedencia de acciones de tutela en contra de providencias judiciales, se realizaron algunas precisiones acerca del tema de disenso propuesto por el accionante, en punto a indicar que no encuentra la Sala vulneración a derecho fundamental alguno en cabeza de ERNESTO PETRO LÓPEZ.

Es así como, verificada la actuación desplegada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, al interior del proceso penal que cursó en contra del supuesto afectado, se pudo evidenciar, que de ninguna manera dicho Juzgado violentó garantía constitucional alguna, puesto que imprimió el trámite procesal adecuado, siguió las formas preestablecidas para el mismo, veló por el cumplimiento de las ritualidades propias de la Ley 906 de 2004, el señor ERNESTO PETRO LÓPEZ, estuvo acompañado de su abogado defensor en cada una de las audiencias que se surtieron al interior del trámite penal, así como se contó con la comparecencia de todas las partes procesales, con lo cual se

garantiza que no existe motivo para invalidar lo actuado allí, por lo que una vez finiquitadas todas las etapas procesales se culminó con la emisión de una sentencia condenatoria en disfavor del precitado, ello previo a la valoración del acervo probatorio arrimado a la actuación.

Es por ello entonces, que no evidencia esta Magistratura vulneración por parte del Juzgado fallador de los derechos fundamentales de Petro López. Ahora bien, de lo dicho por el accionante en el escrito de tutela se observa que más que inconformidad por la actuación desplegada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, se tiene desavenencias con respecto a la estrategia defensiva realizada por el apoderado judicial del señor ERNESTO PETRO LOPEZ, quien para la fecha era el Doctor Álvaro Jaramillo Correa, tiene por decir el Despacho, que tampoco avizora violación a derechos fundamentales por parte de este, pues este en primer lugar se encuentra reconocido como profesional del derecho, pues se encuentra inscrito en el Registro Único de Abogados, con lo que se garantiza que el mismo cuenta con título universitario que así lo acredita, y que además cuenta con estudios de postgrado en Derecho Penal, que junto a la experiencia profesional que indicó tener en el área penal de 19 años de ejercicio, son más que suficientes para acreditar que es un profesional idóneo y capacitado para ejercer la defensa de los derechos de una persona al interior de una investigación de índole penal, con lo que se verifica entonces que PETRO LOPEZ, contó con un apoderado judicial capaz de velar por sus garantías.

Ahora bien, en lo que respecta a los reclamos efectuados por el actual apoderado judicial del señor ERNESTO PETRO LÓPEZ, de la forma en la que se abordó el juicio y la teoría del caso de la defensa, no es del resorte de este Juez Constitucional entrar a realizar alguna apreciación al respecto, pues es respetuoso de la estrategia defensiva que en su momento se eligió, y más aún, cuando de lo dicho por el doctor Álvaro Jaramillo Correa, se pudo conocer que no fue escaso el material probatorio con el que contaba para ejercer la defensa de los intereses del presunto afectado, y que los dos testigos que fueron solicitados como prueba de descargo en la audiencia preparatoria, no

comparecieron al Juicio por no contarse con datos de ubicación de uno y porque el otro no quiso comparecer a declarar, escapando de la esfera de dominio del defensor estas situaciones, aun mas cuando el procesado contaba con la carga de concurrir al Juicio en compañía de estos testigos. No siendo posible entonces acuñar la carga de la no comparecencia de estos al proceso al abogado defensor de PATRO LÓPEZ y más aún, lanzar reproches respecto a la falta de defensa técnica por tal situación, o por el hecho de no haber interpuesto recurso de apelación en contra de la providencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, cuando es autonomía de quien representa al procesado recurrir o no la misma, una vez efectué el análisis del caso y considere pertinente o no interponerlo.

En cuanto al tema de falta de defensa técnica en la cual descarga la solicitud de nulidad de lo actuado el accionante, la Corte Constitucional en sentencia T-463/18, señaló lo siguiente:

“El derecho a la defensa técnica tiene un contenido doble: el defensor debe estar presente para hacer valer todas las garantías formales dentro del trámite judicial y, adicionalmente, debe actuar para representar los derechos sustanciales de su prohijado. Puede pedir y aportar pruebas, controvertir las que han sido allegadas al proceso e impugnar las decisiones que se adopten en el mismo^[12]. No se trata simplemente de una presencia formal, el derecho a la defensa exige que el Estado y las autoridades judiciales garanticen que, tanto los defensores de confianza como los de oficio, cuenten con todas las condiciones materiales y formales para desplegar una actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos e intereses jurídicos del imputado, de modo que pueda predicarse del proceso una verdadera igualdad de armas.

La sentencia T-1049 de 2012 retomó los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia en los siguientes términos: “la garantía judicial consistente en la defensa técnica^[13] requiere (i) que en la medida de lo posible el procesado pueda elegir a su abogado defensor; (ii) que el defensor elegido o designado sea nombrado desde el principio de las diligencias penales, y no solo en la etapa del juicio; (iii) que el defensor pueda comunicarse libre y confidencialmente con su prohijado; (iv) que el abogado pueda tener conocimiento oportuno y completo de los cargos y del contenido del expediente; (v) que ni las autoridades judiciales ni las administrativas interpongan cualquier tipo de obstáculos

que impidan al defensor aportar pruebas, controvertir las que han sido allegadas al proceso e impugnar las decisiones^[14].”

Según el estándar descrito, no toda falla o deficiencia en el ejercicio profesional de la defensa penal constituye una vulneración que haga procedente la acción de tutela contra providencias judiciales. La Corte ha reiterado que solo se configura un defecto procedimental por desconocimiento del derecho a la defensa técnica ante errores protuberantes y que tengan las siguientes características:

- (i) Debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica.*
- (ii) Las mencionadas deficiencias no deben ser imputables al procesado o haber resultado de su propósito de evadir la justicia^[15].*
- (iii) La falta de defensa material o técnica debe ser trascendente y determinante en los resultados de la decisión judicial^[16].*

En síntesis, el derecho a contar con una defensa técnica no puede ser interpretado como la obligación de las autoridades administrativas y judiciales de garantizar que los abogados defensores adopten una estrategia determinada que lleve a la defensa exitosa del caso. Por el contrario, su obligación es satisfecha si garantizan la presencia del abogado y el cumplimiento de las condiciones necesarias para que éste pueda cumplir a cabalidad con su función, las aptitudes para conducir una defensa dependen del profesional individualmente considerado, y sus fallas son, en principio de su exclusiva responsabilidad. De tal forma, la acción de tutela no es un escenario para la corrección de los errores de litigio^[17].

Conforme a lo anterior, se tiene que quien fungió como abogado del accionante, realizó su tarea conforme a las circunstancias requeridas, por cuando acompañó al accionante en el desarrollo del proceso penal, la defensa no fue determinante en las resultas del proceso, por el contrario, la decisión final se fundó en el análisis del material de prueba arrojado al proceso, el cual como bien se dijo escapó de la esfera del mismo por cuanto el procesado no pudo llevar a juicio los testigos que prometió, dificultando la labor de la defensa.

Es por lo anteriormente expuesto y tras analizar los elementos materiales probatorios aportados al plenario, que no se avizora que se hayan presentado

vicios que ameriten la nulidad de lo actuado, pues el desarrollo del todo el trámite del proceso penal, se efectuó en cumplimiento de los requisitos legales, se respetaron las garantías y derechos fundamentales del señor ERNESTO PETRO LOPEZ, como procesado, se respecto el debido proceso y el derecho de defensa.

Es decir, no aprecia la Sala que en los argumentos que expone el actor en su escrito de tutela se configure algún defecto que amerite nulidad, que haga evidente la vulneración de derechos fundamentales y que en esa medida sea necesaria la intervención del Juez de tutela para conjurar tal situación y ahora como si la acción de tutela fuera una tercera instancia, pretende el quejoso que se revise una investigación penal ya finiquitada, situación que de manera alguna está contemplada como motivo que válidamente admita una acción de tutela contra providencias judiciales.

Así las cosas, resulta que no es evidente el quebrantamiento a los derechos fundamentales invocados por el doctor JOSE OMAR MACHADO PALACIOS, en representación del señor ERNESTO PETRO LOPEZ, por ende, no le queda más a esta Sala que negar las pretensiones invocadas por el accionante.

Proyecto discutido y aprobado por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, sede Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales invocados por el Doctor JOSE OMAR MACHADO PALACIOS, en representación del señor ERNESTO PETRO LOPEZ, en contra del Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará por parte la secretaría de esta Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

fc7e5b448af99453ce76b004ae8b317c31243be4833336668cb6c3ab50c21a55

Documento generado en 19/11/2021 10:37:58 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No. 057566100000201800004

NI: 2021-1686

Acusado: JHON FREDY BOCANEGRA

Delito: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO

Motivo: Apelación sentencia condenatoria

Decisión: REVOCA Y ABSUELVE

Aprobado Acta No 189 de noviembre 19 del 2021

Sala No: 6

Magistrado Ponente: Dr. **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**

Medellín, noviembre diecinueve doce del año dos mil veintiuno

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia emitida el pasado 9 de agosto del 2019, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sonsón respecto de la cual mediante Sentencia de Tutela de Segunda Instancia del pasado 3 de agosto del 2021, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se dispuso habilitar nuevamente los términos para interponer recurso de apelación.

2. HECHOS

Entre las últimas horas del pasado 23 de diciembre y primeras del 24 de diciembre, del 2015 en la finca la MIEL del Corregimiento SAN MIGUEL de SONSON sobre la autopista MEDELLIN BOGOTA, se presentó un hurto de varios electrodomésticos y enseres domésticos. Iniciadas las pesquisas correspondientes se pudieron ubicar varios de los elementos hurtados en casa de JHON JAIRO TEJEDOR en el corregimiento SAN MIGUEL del

municipio de SONSÓN, quien indicó que el hurto lo había cometido en compañía de otras tres personas a las que señaló como ALEX CLAVIJO y otros dos que identificó inicialmente solo por apodos de PEJE y PORK, encontrándose igualmente en casa de ALEX CLAVIJO otros de los elementos hurtados. Posteriormente precisó que ALIAS PEJE era JHON FREDY BOCANEGRA.

3. ACTUACION PROCESAL.

La actuación se inició en contra de JHON JAIRO TEJEDOR quien se entregó a las autoridades y con fundamento en la información que suministro sobre las otras personas que participaron en el hurto se libró una orden de captura en contra de JHON FREDY BOCANEGRA, el pasado 26 de agosto del 2018 al hacerse efectiva la respectiva orden de captura, se corrió traslado del escrito de acusación, de la actuación que se rito bajo el procedimiento abreviado previsto en la Ley 1826 del 2017, sin que en ese momento se impusiera medida de aseguramiento alguna, por lo que fue dejado en libertad.

Radicada ya la acusación en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sonsón, se surtieron las audiencias concentradas, y de juicio oral y la actuación culminó con una sentencia condenatoria el pasado 9 de agosto del 2019.

El pasado 3 de agosto del año 2021 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al resolver en segunda instancia una tutela contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sonsón, interpuesta por el nuevo defensor del procesado revoca la determinación tomada por esta Corporación que encontró que no se cumplía con el requisito de inmediatez de la tutela, y dispuso reabrir los término para interponer el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria al encontrar errores en el proceso de notificación al acusado JHON FREDY BOCANEGRA, en el trámite del proceso penal, motivo por el cual el Juzgado de Primera Instancia corre nuevamente dichos términos y dentro de los mismos el nuevo abogado

defensor sustenta recurso de apelación, y la actuación es remitida a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, arribando la misma el pasado 27 de octubre del año en curso, para que se desate la apelación interpuesta.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La sentencia de primera instancia inicia con un recuento de la actuación procesal y un resumen de las pruebas practicadas empezando por las establecidas como estipulación probatoria, para seguir con las vertidas en el juicio, para luego ocuparse del análisis de las misma y señalar que aparece debidamente acreditada la participación de JHON FREDY BOCANERA en el hurto materia de juzgamiento, visto que uno de los partícipes del mismo lo señaló sin dubitación alguna como quien colaboro para la ejecución de mismo.

Se indicó igualmente que como quiera que BOCANEGRA, no se llevó elemento alguno del hurto, ni como se desprende del dicho de JHON JAIRO TEJEDOR, único testigo directo de ellos hechos pue los demás que declararon no conocieron presencialmente lo ocurrió ,él no participó en la planeación inicial del hurto, consideró que no era autor sino cómplice de la conducta enrostrada, en consecuencia, lo hizo destinatario de una pena de 54 meses de prisión que dispuso se debían cumplir en establecimiento carcelario vista la prohibición por el tipo de delito para conceder cualquier tipo de beneficio o subrogado penal.

5. APELACION.

El abogado defensor del procesado solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia con fundamento en los siguientes cargos:

1. Indica el recurrente que no se discutiera la existencia y materialidad de la conducta de hurto, sino la participación en el mismo de su representado. Señala que el fallo de primera instancia se fundamentó en su mayor parte en el testimonio del señor JHON JAIRO TEJEDOR MARTINEZ, al repasar la intervención de este testigo en el juicio se encuentra que él indicó que participo en la ejecución el hurto en compañía de otras 3 personas, señalando que se trataban de ALEX CLAVIJO, y los conocidos por los alias de “peje”, y “porky”, y sobre la identidad de quien señalaba como el “peje”, se limitó a indicar después de guardar silencio y ser interpelado por la Fiscalía que era JHON BOCANERA, sin que se le preguntara por otro dato adicional, sobre la identidad de dicha persona o mucho menos se le solicitara suministrara información alguna para individualizarlo. En ese orden de ideas si no se suministró ningún otro dato sobre la persona que él estaba señalando diversa al nombre y al apodo se puede estar presente a un posible caso de homonimia, con respecto al aquí procesado JHON FREDY BOCANERA.
2. Señala que si bien es cierto en el proceso penal existe el principio de la libertad probatoria, y el referido testigo JHON JAIRO TEJEDOR MARTINEZ, indicó que alias “El Peje” era JHON BOCANERA, no se aportó ningún otro elemento de prueba que permitiera establece que ese JHON BOCANEGRA, en efecto es su representado JHON FREDY BOCANERA.
3. Existe una indebida valoración el alcance de la estipulación de plena identidad de JHON FREDY BOCANERA, si bien es cierto se acordó tener por probados sus datos de identidad, esto es que se el número de cedula de ciudadanía lo era el 1.192.210.0525 de Montañitas, Caquetá no por esto se puede tener que en efecto el procesado así

identificado sea el señalado El Peje, y por lo mismo tomar dicha estipulación como motivo para establecer la responsabilidad penal.

4. Existencia de una situación de homonimia, como se tiene establecido JHON FREDY BOCANEGRA es natural del departamento de CAQUETA y allí se encontraba cuando fue retenido en virtud de la orden de captura que emitió cuando se profirió la sentencia condenatoria de primera instancia. Además, se debe tener en cuenta que el testigo JORGE ELIECER TEJEDOR MAYA, padre de JHON JAIRO TEJEDOR, al declarar señaló que su hijo le comentó que otro de los partícipes del hurto fue JHON BOCANEGRA, y al interrogársele sobre los datos de tal persona, contesto, que, si lo conocía que tenía dos hijas y que vivía en Sonsón en el sector de Buena Vista, con lo que se evidencia que se trata de una persona distinta al aquí procesado.

5. JESUS EDUARDO ROJAS integrante de la Policía Judicial que desarrollo las labores de identificación de los presuntos responsables al ser interrogado sobre tales gestiones en relación a JHON FREDY BOCANEGRA, indicó que fue el administrador de la finca donde se perpetró el hurto de nombre CARLOS ENRIQUE SALDARRIAGA quien les suministró los nombres de quienes participaron en el hurto, y que se pudo entonces establecer con los habitantes del pueblo los demás datos de dicha persona pues el corregimiento era muy pequeño y todos eran conocidos y se trataba de una persona conocida en la región. A su vez el policial DANY CARDONA GOMEZ, señaló que las labores de identificación de los demás autores del hurto se efectuaron partiendo de los datos por el señor SALDARRIAGA y la entrevista a varias personas del pueblo que permitieron conocer la identidad de “El peje”, circunstancia que pone en evidencia que no se hicieron más labores de investigación para descartar que en efecto esa persona que se señalaba en el corregimiento donde se presentaron los hechos en efecto es el aquí procesado.

6. Considera igualmente que de manera indebida ingresó a la actuación la entrevista de CARLOS ENRIQUE SALDARRIAGA y un informe de investigador que fueron evaluados como prueba documental, cuando lo cierto es que los informes de policía no son prueba, y se debió llevar a declarar al señor SALDARRIAGA, o en su defecto cumplir con las reglas para el ingreso de la prueba de referencia traer su entrevista previa lo que no ocurrió en la presente actuación.

7. PARA RESOLVER SE CONSIDERA.

Visto los planteamientos del recurrente quien reclama la revocatoria de la sentencia de primera instancia por cuanto no se logró establecer que en efecto su representado es la persona que se señalaba era uno de los responsables del hurto, procede la Sala a ocuparse de si en efecto esto es así, previo a esto debemos hacer algunas consideraciones sobre el trámite de la actuación.

Tal y como lo avizó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el trámite de la acción de tutela de segunda instancia que permitió el trámite de esta apelación, la citación a la audiencia concentrada que inicialmente fue programada para el 23 de enero del 2019 y se materializó el día 9 de julio del mismo año, no se llevó en debida forma, pues a la primera citación que se hizo a la audiencia concentrada, el procesado contactado telefónicamente indicó que no podía asistir a la misma pues se encontraba en el municipio de la Montañita Caquetá y no podía desplazarse como se dejó señalado en una constancia secretarial, sin embargo al señalarse nueva fecha para dicha audiencia pues la primigenia no pudo practicarse, y tratar de comunicarse con el procesado, este no atendió en el teléfono en el que se le había ubicado inicialmente, por esta fuera de servicio, sin embargo el Juzgado de primera instancia, no hizo nada para notificarle de dicha audiencia a la dirección con la

que se contaba en Altos de Capiro municipio de la Montañita en Caquetá , con lo evidente es que no se le notificó en debida forma la audiencia concentrada, ni mucho menos las actuaciones posteriores, lo que le impidió no solo ejercer cabalmente su defensa sino originalmente interponer recursos contra la sentencia condenatoria que se emitió en su contra con lo evidente es que procedería una declaratoria de nulidad de la actuación desde la audiencia concentrada que debía surtirse en esta actuación situada por el procedimiento abreviado, sin embargo como ahora el defensor del procesado está planteando una solicitud de absolución, en aplicación del principio de prevalencia de la absolución sobre la nulidad ampliamente aceptado por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ¹, la Sala procederá a ocuparse de si en efecto procede la absolución.

Para esto nos ocuparemos de lo probado en el juicio:

Por vía de la estipulación se tuvo por probada la plena identidad de JHON FREDY BOCANEGRA indicándose que es la siguiente. *“mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.119.210 525 . expedida en Montañita Caquetá municipio del que es natural al nacer allí el 29 de agosto de 1990, de ocupación mototaxista, hijo de ALCIRA BOCANEGRA, con domicilio en Altos de Capiro Sector 1 municipio de la Montañita Caquetá con teléfono 3213216444”*.

Declaró inicialmente JHON JAIRO TEJEDOR MARTINEZ, quien indicó que él participó en la ejecución el hurto a una finca en compañía de otras 3 personas, señalando que se trataban de ALEX CLAVIJO, y los conocidos por los alias de “el peje”, y “porque, indica que su objetivo era hurtar dinero pero no lo encontraron por lo que se llevaron unos televisores una impresora y otros electrodomésticos y que el producto del hurto lo guardaron en su casa

¹ SP 3168 DEL 2017

y precisándole a la Fiscalía que el trató con sus compañeros es por el remoquete pero aclarando que alias “Peje” era JHON BOCANERA. Como quiera que al juicio no compareció el procesado JHON FREDY BOCANERA, no se efectuó reconocimiento alguno con este testigo, tampoco se aprecia que se interroga como era JHON BOCANEGRA o que rasgos especiales tenía. Quien fungía como defensora del procesado JHON FREDY BOCANEGRA, interrogó en concreto al testigo sobre la participación de JHON y la forma como se perpetró el hurto y que elementos se recuperaron. Se le preguntó si tenía algún dato de la ubicación de JHON FREDY BOCANEGRA, y el testigo indicó que no tenía dato alguno de él ni siquiera su número telefónico, agregó que antes del proceso el mantuvo contacto con JHON FREDY vía FACEBOOK, y le indicó que estaba colaborando con la justicia y él se comprometió a presentarse, pero no lo hizo, ignorando cuál es su paradero. Ante el nuevo turno a las preguntas de la Fiscalía, se le indagó como fue el contacto después del hurto con JHON FREDY, indicó que fue por FACEBOOK y le pidió que se entregará pues ocurrido el hecho todos se fueron del pueblo, y aunque dijo que se entregaría no lo hizo. El apoderado de la víctima manifestó que deseaba interrogar la testigo el Juez le señaló que esta posibilidad solo puede hacerla por intermedio de la Fiscalía y no lo permitió y como quiera que no formularias preguntas complementarias se dieron por terminado el testimonio.

Compareció igualmente al juicio el Señor JORGE ELIECER TEJEDOR AMAYA, padre de JHON JAIRO TEJEDOR, quien señala que al notar en su hogar varios enseres que no eran de su propiedad empieza las pesquisas, reporta lo ocurrido y finalmente y se entera que estos hacen parte de un hurto que cometió en una finca de la familia de ARTURO CALLE, que inicialmente no sabía si su hijo había tenido participación en los hechos pero finalmente se da cuenta que si, al igual que un muchacho de nombre ALEX, indicó que no tiene conocimiento de otros aspectos del hurto aparte de que participó JHON BOCANEGRA, DIEGO CLEVES y ALEX CLAVIJO y su hijo JHON JAIRO. La Fiscalía le pone de presente al testigo el acta de incautación sobre los elementos encontrado en su casa y el testigo la reconoce,

y se pide se incorpore a la actuación como prueba documental, frente a lo cual el Juez acepta su ingreso como prueba documental. Igualmente, el testigo indicó que otros elementos se encontraron en la finca del papá de ALEX. La defensa interroga al testigo sobre la participación de JHON FREDY BOCANEGRA en los hechos e indicó que no sabía nada, preguntó igualmente si sabía algo de JHON FREDY señaló que él tenía dos hijas en el corregimiento. El Juez realizó una pregunta complementaria sobre porque suministró los nombres de los participe de los hurtos y señaló que el señor DAYRON le estuvo preguntado sobre el tema y el solo pudo indicar que sabía los apodos de los conocidos de su hijo y habló y les pidió que diera la cara y les costeó el pasaje para que se presentaran en la Dorada, y finalmente solo se presentó su hijo y DIEGO, pero los otros dos no se presentaron. Luego el Juez da el uso de la palabra a la Fiscal para otras preguntas, y le indaga sobre la conversación con DAYRON, pero el indica que se retiró y no supo de que hablaron, que solo los convocó para que se aclarara lo ocurrido.

El uniformado JESUS EDUARDO ROJAS, al comparecer al juicio señala que se encuentra adscrito a la SIJIN, y estuvo en la Comisión Básica de investigación criminal en Puerto Triunfo y que en dicha función efectuó pesquisas por el hurto de una finca en el sector de SAN MIGUEL en SONSON, recibiendo unas entrevistas, un acta de entrega y unos informes ejecutivos, se refirió entonces a las gestiones realizadas indicando que inicialmente se recibió una llamada reportando un hurto en una finca cercana al rio la Miel, jurisdicción del municipio de Sonsón, pues el administrador de la Finca había formulado denuncia sobre los hechos, se entrevistó con los administradores de la Finca, como no recordaba los nombres, se le permitiera refrescar memoria e indicó que era DAYRON ANDRES VASQUEZ SANMARTIN y ROSEMBER CLAVIJO LOPEZ mencionó el hurto de varios electrodomésticos de la casa principal de la finca, ya en las gestiones investigativas el señor JORGE ELIECER TEJEDOR MAYA, informó que en su casa habían unos elementos hurtados, por lo que se dirigió a dicho lugar y se recuperaron. Sobre cómo identificó a los autores del hurto señaló

que los datos sobre los autores los obtuvo de las entrevistas que recibió a los administradores y al señor JORGE ELIECER TEJEDOR MAYA, fue interrogado sobre los elementos reportados como hurtado y cuales recupero, refiriéndose al acta de incautación que elaboró con los elementos hallados en la casa de JORGE ELIECER TEJEDOR MAYA. Al ser interrogado en concreto como conoció los datos de los involucrados en el hurto precisó que en entrevista con el administrador DAYRON ANDRES VASQUEZ, se conocieron los datos lo que fue muy fácil de ubicar por ser un corregimiento de San MIGUEL es muy pequeño, indicó que los identificados fueron ALEXANDER CLAVIJO, JHON FREDY BOCANERA, DIEGO CELVES GOMEZ Y JHON JAIRO TEJEDOR MARTINEZ. La Fiscalía pidió se tuviera como prueba documental el informe Ejecutivo del 10 de Enero del 2016, en 6 folios suscrito por el intendente JESUS EDUARDO ROJAS, a lo que accedió el despacho, una vez agotado el interrogatorio respectivo. Se refirió igual a la entrevista recibida a JULIO CESAR SANTAMARIA QUINTERO, señalando que él fue la persona que denunció los hechos. Se le hicieron varias preguntas sobre los elementos incautados, pero ninguna adicional sobre la identificación de los autores del hurto. La defensa en el conainterrogatorio hizo algunas preguntas sobre el informe que rindió el policial concretamente le indagó sobre la participación de JHON FREDY BOCANEGRO, señaló que no recibió información detallada sobre la participación de esta persona en el hurto. Igualmente, se le indicó si concia el paradero de JHON FREDY BOCANEGRA, y señaló que como el informe se rindió en el 2016 y declara en el 2019, ya no tiene información agregando que JHON FREDY, aunque era vecino del corregimiento no fue encontrado allí para el momento de las pesquisas que adelantó. La Fiscalía en el siguiente turno de interrogar, pidió precisión sobre los identificados , señalando el testigo que eran 4 hombres, objetadas sus otras preguntas por la defensa, se terminó el interrogatorio al testigo.

Declaró igualmente el uniformado DANY SMTIYH CARDONA GOMEZ, de la Policía Nacional, al repasar el audio de su intervención que tiene ostensibles problemas técnicos que dificulten percibir lo ocurrido durante su declaración, sobre los hechos materia de

juzgamiento señala que en el corregimiento de San Miguel, conoció del hurto de una finca de propiedad de ARTURO CALLE, y que recibió algunas entrevistas y realizó labores de campo, como no recordaba a quien entrevistó la Fiscalía procedió a refrescarle memoria, y señaló que entrevistó al administrador de la Finca de nombre CARLOS ENRIQUE SALDARRIAGA, y les comentó las pesquisas que hizo para recuperar los objetos hurtados que aparecieron en casas cercanas a la finca, y que un señor de apellido TEJEDOR indicó que su hijo era uno de los partícipes del hurto y con eso pudo identificar a las otras personas que participaron en el hurto. La Fiscalía pidió que ingresara la entrevista en cuestión y el Juez dispuso su incorporación. La defensa no hizo interrogante alguno.

Del acervo probatorio vertido en el juicio encuentra la Sala que la única persona que hace un señalamiento directo a JHON BOCANEGRA es JHON JAIRO TEJEDOR quien sí dubitación alguna señala que el fue una de las otras 3 personas que lo acompañó a cometer el hurto, sin embargo, el único dato que suministra de dicha persona es su nombre y apodo. De otra parte, aparece que el padre de este testigo JORGE ELIECER TEJEDOR MAYA, india que también participó del hurto JHON BOCANEGRA, pero señala que esto lo supo porque al hablar con su hijo se enteró de los otros partícipes, y hasta les pidió que se entregaran, sin embargo, no se presentó, este testigo indica que JHON FREDY BOCANEGRA, es vecino del corregimiento de SAN MIGUEL y tiene dos hijos, pero desconoce su paradero para el momento del juicio.

Los policiales DANY SMITH CARDONA GOMEZ, y JESUS EDUARDO ROJAS, indican que realizaron labores tendientes a identificar a los autores del hurto y que recibieron varias entrevistas, en sus cortas intervenciones en el juicio sobre cómo lograron identificar a los autores del hecho, señalando simplemente que en las entrevistas a uno de los administradores de la Finca CARLOS SALDARRIAGA, conocieron los datos de estos y como

el corregimiento de SAN MIGUEL es muy pequeño fue fácil identificarlos plenamente , al igual que con la información del señor TEJEDOR MAYA padre de uno de los implicados, pero en concreto no informaron que labores realizar para lograr establecer la pena identidad de JHON FREDY BOCANEGRA, es más al ser interrogados por la defensa señalaron que nunca conocieron su paradero.

Con estos policiales se introdujeron unos informes de policía y las entrevista de los señores JULIO CESAR SANTA MARIA QUINTERO, CARLOS ENRIQUE SALDARRIAGA, DAYRON ANDRES VASQUEZ SANMARTIN y ROSEMBER CLAVIJO LOPEZ, sin embargo como lo reclama la actual defensa no se entiende porque se incorporaron dichas entrevistas, pues no se alegó ni se demostró por parte de la Fiscalía que estos testigos se encontraban en imposibilidad de comparecer al juicio, para facultar su ingreso como prueba de referencia, desconociéndose que esta como prueba de referencia solo se admite de forma excepcional y siempre y cuando no pueda comparecer al juicio la persona que declaró.

Al respecto la jurisprudencia de la Sala Penal precisa²:

“...en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia. Las entrevistas y declaraciones juradas que obtienen las partes son actos preparatorios del debate. [...] [...] [...] el artículo 16 (norma rectora) establece que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción...”. [...] De otro lado, debe tenerse presente que una declaración anterior no pierde su carácter (testimonial), porque haya sido documentada de cualquier manera (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), ni, obviamente, porque las partes o el juez la denominen “prueba documental”, “elemento material probatorio” o de cualquier otra forma. Cuando se pretende ingresar una declaración anterior al juicio oral, como medio de prueba, deben considerarse todos los aspectos constitucionales y legales que resulten

² SP 606 DEL 2017

relevantes: la afectación del derecho a controlar el interrogatorio e interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (como elementos estructurales del derecho a la confrontación), las reglas sobre admisión de prueba de referencia, entre otros. En todo caso, estos temas no pueden eludirse, bajo el sofisma de que no se trata de una declaración sino de un medio de conocimiento de diversa naturaleza, como si el cambio de denominación fuera suficiente para superar los aspectos constitucionales y legales atinentes a la prueba testimonial. Finalmente, esta Corporación ha resaltado que en materia de prueba testimonial tiene especial relevancia el derecho a la confrontación, que tiene entre sus elementos estructurales: (i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las oposiciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a lograr la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 28 Sep. 2015, Rad. 44056, CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41.667, CSJ SP, 31 Agosto. 2016, Rad.43916, entre otras). Igualmente, se ha resaltado la importancia del derecho a la confrontación para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye o no prueba de referencia (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SP, 16 Mar. 2016, Radicado 43866, entre otras)

En el presente recapitulando lo ocurrido con las entrevistas en cuestión simplemente la Fiscalía después de usar los informes que contenían dichas entrevistas con los dos policiales para refrescar memoria, y hacerle unas someras preguntas sobre las mismas, procedió a pedir se incorporaran como prueba documental, y el Juez asintió con el silencio de la abogada que en ese momento representaba al procesado, sin tan siquiera darle lectura a dichas entrevistas y como se viene diciendo sin justificare porque se ingresaban las entrevistas recibidas a los administradores pues ellos estaban llamados declarar a juicio y la fiscalía no cumplió con la carga de señalar porque no podían declarar y debían entonces incorporarse las entrevistas padas que habían rendido como prueba de referencia.

Tampoco se entiende porque terminó introduciéndose como prueba documental los informes suscritos por los policiales que declaraban en el juicio, en primer lugar si es que se pretendía introducirlos como documentos no se observó lo previsto en el artículo 433 de

la Ley 906 del 2004, y no se expuso el contenido de dichos documentos ni muchos menos se les dio lectura, de otra parte quienes los suscribieron fueron a declarar a juicio, por lo que no se entiende porque también se incorporaban los informes por ellos suscritos, así en algún momento se les exhibieran para refrescar memoria, debiendo además tener presente que los informes de policía no son pruebas en sí como de tiempo atrás lo a precisado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³ al indicar ::

“De una parte, recuérdese, los informes de la policía judicial carecen de valor probatorio, aserto que en nuestro ordenamiento se predica a partir del artículo 50 de la Ley 504 de 1999, el cual introdujo un inciso final al artículo 313 del Código de Procedimiento Penal de la época (D. 2700/91), del siguiente tenor: “En ningún caso los informes de la Policía Judicial y las versiones suministradas por informantes tendrán valor probatorio en el proceso”, preceptiva avalada por la Corte Constitucional⁴, que mantuvo vigencia en la codificación subsiguiente, al establecer el artículo 319 de la ley 600 de 2000, únicamente los requisitos y forma en que han de ser rendidos (Cfr. CSJ SP 13 MAR 2011 Rad. 34144), sin referir a su mérito o eficacia probatoria.”

En este orden de ideas, lo que se valorara fue lo que declararon los policiales, y lo por ello aportado sobre como se logró la plena identidad del aquí procesado, no lo que se plasmó en los informes que como se viene diciendo ni siquiera se les dio lectura para publicitar en el juicio su contenido el cual además es muy pobre en señalar las gestiones realizadas pues en últimas fueron unos terceros, que no declararon en el juicio, los administradores de la

³ SP1272 DEL 2015

⁴ C-392-00 Los fundamentos relevante de la Corte Constitucional para considerar ajustada la norma a la Constitución, se concretan en que: i) los informes corresponden a actuaciones extraprocesales, no controvertidas por las personas a las cuales se podían oponer dentro del proceso; ii) obedece a la facultad de configuración del legislador y resulta legítima en su finalidad con fundamento en el artículo 29 Superior, el cual consagra la presunción de inocencia y que exige para que pueda ser derruida, la incorporación legal y regular al proceso de pruebas que el sindicado esté en la posibilidad de controvertir; iii) en algunos casos los informes son producto de indagaciones con terceros, incluso indeterminados, que estructuran conjeturas o apreciaciones inidóneas para fundar una prueba y, en todo caso, en su producción no interviene el sindicado; iv) por razones de conveniencia política contempladas por el legislador, por ejemplo, la unilateralidad de los informes, o evitar que los funcionarios judiciales se conformen con lo que en ellos se consigne, desechando todos los demás medios de prueba, con evidente perjuicio para la búsqueda de la verdad.

finca como los mismos policiales lo reconocieron al declaró en el juicio, los que les indicaron los datos de los responsables, y ellos simplemente verificaron que eran personas conocidas en el corregimiento de SAN MIGUEL, lugar que advierten era muy pequeño, devriendose ademas resaltar que el referido informe solo incluye los datos de filiación de la tarjeta decadactilar y ningun dato adicional, por lo mismo las únicas pruebas en concreto parte de los únicos señalamientos directos los señores TEJEDOR MAYA, y TEJEDOR MARTINEZ, sin embargo como ya se evidenció, el primero solo atinó a decir que supo del hurto por lo que su hijo le comentó eso si agregando que BOCANEGRA es un joven del corregimiento y que tiene dos hijas, y TEJEDOR MARTINEZ, que si participó del hurto aunque indicó sin dubitación que su compañero en el hurto fue JHON BOCANEGRA, solo mencionó que era conocido por el apodo de El peje, sin suministrar ningún otro dato sobre su identidad, que nos permita dilucidar si en efecto esa persona que el menciona es la misma que fue llamada a responder en el juicio que se adelantó en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sonsón.

Ahora como JHON FREDY BONCANEGRA, no compareció al juico por los errores en su citación, claro es que no hubo señalamiento de él en dicha audiencia, y sobre su identidad solo aparece una estipulación que en concreto refirió que JHON FREDY BOCANEGRA *“es mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía numero 1.119.210. 525 expedida en LA Montañita Caquetá municipio del que es natural al nacer allí el 29 de agosto de 1990, de ocupación mototaxista, hijo de ALCIRA BOCANEGRA, con domicilio en Altos de Capiro Sector 1 municipio de la Montañita Caquetá con teléfono 3213216444,”* respecto de la cual surgen una gran duda, pues si como lo afirmó el señor TEJEDOR MAYA, el JHON BOCANEGRA que el indica participó del hurto era vecino del corregimiento de SAN MIGUEL, y tenía dos hijos, y los policiales que conocieron del caso corroboraron que en SAN MIGUEL vivía el procesado ¿porque el que ahora está siendo procesado vive en el otro extremo de

Colombia, aparece sin hijos, y es natural y residente del municipio de LA MONTAÑITA CAQUETA.?

Posible sería indicar que su residencia en dicho municipio del CAQUETA lugar donde fue capturado, y se le corrió el traslado del escrito de acusación, se debió a que huyó una vez perpetrado el hurto, pues como lo mencionan los señores TEJEDOR no se volvió a saber de JHON BOCANEGRA después del hurto, sin embargo, como se viene diciendo estos testigos no aportaron mayores datos para saber si en efecto el JHON BOCANEGRA que ellos señalan es autor del hurto es el mismo capturado en el CAQUETA ya luego vinculado a este proceso, y los policiales que conocieron del caso como se viene diciendo, terminaron señalando que los datos para dar con JHON BOCANEGRA, lo fue por unas entrevistas que recibieron y corroborando que en SAN MGUEL SONSON había un JHON BOCANEGRA, y se itera aunque tales entrevistas se incorporaron a la actuación, no era válido hacerlo, pues nunca se acreditó porque quienes las rindieron no comparecen al juicio, y por lo mismo lo vertido por estos dos policiales en el juicio tampoco permite demostrar que en efecto ese JHON FREDY BOCANEGRA que ellos conocieron participó del hurto, es el mismo JHON FREDY BOCANEGRA que está siendo procesado aquí.

De tiempo atrás la jurisprudencia ha precisado la necesidad de la plena identificación e individualización del acusado, señalando que es imperioso contar con datos que permita diferenciar al acusado de otros sujetos, y como se viene diciendo aquí no es posible establecer a ciencia cierta quien es el JHON FREDY BONCANEGRA que se señala como autor del hurto y si en efecto es el mismo que se llama a juicio. Al respecto el Alto Tribunal precisa⁵:

⁵ Sentencia 34779 del 27 de julio del 2011.

“También regula aquellas situaciones en las cuales se desconoce la identidad del procesado, pero se cuenta con datos como el registro decadactilar, evento en el que éste se remitirá a la Registraduría Nacional del Estado Civil, en orden a establecer si pertenece a alguna de las personas cuyos datos reposan en la entidad, y en caso de obtener resultados negativos, será deber de esa entidad proceder al registro de esa persona con el nombre con el que se identificó, asignándole cupo numérico. Como se observa, el legislador a través de la Ley 1142 de 2007, quiso regular con precisión lo pertinente a la seguridad que debe derivarse de una sentencia penal respecto de la identificación, o por lo menos individualización plena de la persona procesada, con el fin de evitar fallos inejecutables, o errores que conlleven a aplicar sanciones a personas que por casualidad se identifican o individualizan de la misma forma. Voluntad que fue reiterada en la reciente Ley 1453 de junio 24 pasado, en la que se exige a la Registraduría Nacional del Estado Civil un término de 24 horas para que proceda a la asignación de cupo numérico y expedición de la foto cédula, obviando el trámite señalado en el Decreto 1260 de 1970. Con el mismo rigor la jurisprudencia de esta Corte, si bien acepta la emisión de un fallo sin que se tenga certeza sobre la identificación del acusado, sí exige que por lo menos se cuente con información sobre su individualización, esto es, con datos que permitan diferenciarlo de otros sujetos.”

En ese orden de idea, surge una duda insalvable para saber si en efecto JHON FREDY BOCANEGRA, nacido y residenciado en el municipio de La MONTAÑITA CAQUETA, es el mismo JHON FREDY BONCANERA alias Peje, con dos hijas y vecino del corregimiento SAN MIGUEL, para el año 2015, que se señala participó del hurto materia de juzgamiento, por lo mismo imposible resulta arribar al grado de convencimiento necesario para la emisión de una sentencia condenatoria.

De otra parte, debe señalarse como lo advierte el abogado defensor que dicha estipulación fue sobre la identidad plena del procesado, no que en efecto el fuere el autor de los hechos como para entonces se pueda ahora concluir que no existe duda sobre si en efecto el acusado es la misma persona que ejecuto el hurto materia de juzgamiento.

Observa con la Sala lo acaecido al interior del presente proceso, como se viene diciendo impide saber si en efecto la persona vinculada como acusada a pesar de tener el mismo nombre que el señalado como participe del hurto es la misma y con esto imposible es arribar a una sentencia condenatoria al no desvirtuarse garantías que rodean a toda persona que

es llamada a responder en un proceso penal, concretamente salvaguardas como la presunción de inocencia la cual no fue desvirtuada, y la in *dubio pro reo*, al respecto la Corte Suprema de Justicia frente a este principio en sentencia SP934-2020 Radicación Nro. 52045 del 20 de mayo del 2020, ha señalado:

“El principio universal del derecho probatorio in dubio pro reo, ordena que en los procesos penales toda duda debe resolverse en favor del procesado, siempre y cuando no haya modo de eliminarla, en ese sentido, si el juzgador al observar que la cadena probatoria no alcanza un grado de conocimiento excluyente de toda duda razonable, frente a la existencia de responsabilidad atribuida al imputado, ya sea porque aparecen motivos divergentes que disminuyen la probabilidad, por ejemplo la existencia de lagunas, insuficiencias demostrativas, eslabones solitarios, declaraciones inconexas, excluyentes o contradictorias, todo esto muestra fracciones de pruebas interrumpidas, en definitiva las referidas condiciones están muy distante de la certeza y de la prueba plena como parte del Principio Constitucional del Debido Proceso, por lo que cualquier duda deberá resolverse en favor del procesado.”

En este orden de ideas, pese a los yerros en la citación al procesado al trámite del juicio, que como se indicó párrafos atrás podrían generar la nulidad de toda la actuación lo procedente es entrara a acceder a las pretensiones de absolución de la defensa en su apelación, visto que no se logró demostrar más allá de toda duda que en efecto la persona llamada a juicio era la señalada como autora del hurto, y en consecuencia lo procedente será entrar a revocar la sentencia de primera instancia y disponer la absolución del señor JHON FREDY BOCANEGRA identificado con la cédula de ciudadanía número 1.192.210.525 de La Montañita, Caquetá.

Consecuente con lo anterior será entonces disponer la libertad inmediata del referido, debiendo además dejarse las constancias de rigor de cancelación de cualquier orden de captura o anotación que este vigente en contra del referido en razón de este proceso.

Líbrese la correspondiente boleta de libertad, indicando que la misma procede siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad por un proceso diverso al presente.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida el pasado 9 de agosto del 2019 por el JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE SONSON, y en su lugar disponer la absolución de JHON FREDY BOCANEGRA, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, disponer la libertad inmediata del referido JHON FREDY BOCANEGRA, debiendo además dejarse las constancias de rigor de cancelación de cualquier orden de captura o anotación que este vigente en contra del referido en razón de este proceso. Líbrese la correspondiente boleta de libertad, indicando que la misma procede siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad por un proceso diverso al presente.

TERCERO: Contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación que debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

7601d230d239b01da020462ea619f29096f764104b21c8f3d3454104078ba723

Documento generado en 19/11/2021 10:37:45 AM

Proceso No. 057566100000201800004

NI: 2021-1686

Acusado: JHON FREDY BOCANEGRA

Delito: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO

Motivo: Apelación sentencia condenatoria

Decisión: REVOCA Y ABSUELVE

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>